المال ، وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجودة في كل واحد منهما أحدهما . قال ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ، ولهذا يملك الصغير بنفسه إذا كان عاملا ، وتملكه الام ووصيها . قال ويسلمه في صناعـــة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حـاله . قال ويؤاجره ، قال العبـد الضعيف وهـــذا رواية القدوري في مختصره ، وفي الجامع الصغـــير لا يجوز أن يؤاجره

المال) أي يكره بالفائدة والربح (وذلك) أي تثمير المال (انمايتحقق بالرأي أي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما) أي من الأم والملتقط (أحدهما) أي من الرأي الكامل والشفقة الوافرة ، وفي الام الشفقة الوافرة دون الرأي الكامل ، وفي الملتقط على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف في المال لعدم المقصود ، ومنهما بخلاف الاب فإن له شفقة وافرة ورأياً كاملا ، فكان له التصرف في النفس والمال جميعاً .

(ويجوز أن يقبض الهبة) أي يجوز للملتقط أن يقبض اللقيط الهبة (لانه) أي ولان قبض الهبة له (نفع محض) لا شك فيه بلا خلاف (ولهذا) أي ولكون الهبة نفعا محضاً (يملكه الصغير بنفسه) أي يملك قبض الهبة بيده (إذا كان عاقلا) فلا يفعل ذلك ويميزه (وتملكه الام) أي تملك الام قبض الهبة لابنها (ووصيها) أي ويملك أيضا وصي الام لأنها نفع محض للصغير (ويسلمه) أي يسلم الملتقط اللقيط (في صناعـــة لانه من باب تثقيفه) التثقيف تقويم المعوج بالتعاب ، وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب (وحفظ ماله) من الاشتغال باللعب ويعلم الفهاد (ويؤاجره) أي يؤاجر الملتقط اللقيط ، لأن فيه نفعاً له ، ولفظ يؤاجره ليس على قانون اللغة ، وإنما هو اصطلاح الفقهاء .

(قال) أي المصنف رحمه الله (هذا رواية القدوري في مختصره) يعني جواز إجارة الملتقط اللقيط على رواية القدوري في مختصره ، (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره

ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه ، ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الام لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى ،

ذكره في الكراهية) ذكره محمد في باب الكراهة (وهو الأصح) أن المذكور في الجامع الصغير هو الأصح مما ذكره القدوري (وجه الأول) أراد به رواية القدوري (أنه يرجع إلى تثقيفه) وقد مر معناه آنفاً (ووجه الثاني) في أراد به رواية الجامع الصغير (انه) أي ان الملتقط (لا يملك إتلاف منافعه) أي منافع اللقيط بالإستخدام (فأشبه العم) أي فأشبه الملتقط العم ، أي كما لا يجوز للعم اتلاف منافع الصغير فكذلك لا يجوز للملتقط (بخلاف الأم لأنها تملكه) يعني الأم تملك إتلاف منافع الصغير بالإستخدام بلا عوض ، فلأن يملكه بالإجارة بعوض أولى (على ما ذكر في الكراهية) أي في آخر كتاب الكراهية في مسائل متفرقة .

* * *

كتاب اللقطة

قال اللقطة أمانة إذا شهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها،

(كتاب اللقطة)

اى هذا الكتاب في بيان أحكام اللقطة ، اللقطة واللقيط متقاربان لفظاً ومعنى ، وخص اللقيط بابن آدم واللقطة لغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الاول لشرف بني آدم ، وقيل خص لفظ اللقطة بالمال ، لان الفعلة بضم الفاء وفتح العين نعت للمبالغة في الفاعلية ، كالضحكة اللعنة ، واللقيط فعيل بمعنى المفعول ، فاللقيط الدال على الفاعلية أولى بالمال ، لزيادة مثل الانارة لرفعه ، كأنها فامر رآها برفعها كأنها بين رافعة نفسها على الاسناد البخارى كناية جلوب وركوب كأنها تجلب نفسها تركب عليه نفسها على وجه المبالغة ازيادة رغبة من رآها في الحلب والركوب .

أما الطفل المفقود لا يميل كل من رآه يرفعه لزيادة ضرر حاضر فإن أمه نبذته قصد الضرر خاص بخلاف اللقطة ، فإن فيها نفعاً حاضراً وفي المعرب اللقطة الشىء تجده ملغى فيأخذه ، وقيل بين المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره ، وعن الخليل اللقطة بفتح القاف للملتقط ، لان ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل ، وسكون القاف المال الملتقط مثل الضحكة للذى يضحك منه ، وعن الاصمعي وابن الاعرابي . والقراء بفتح القاف اسم للحال أيضاً (اللقطة أمانه إذا شهد الملتقط أن يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها) هذا لفظ القدورى في مختصره ، وشرط الاشهاد كما ترى بلا ذكر خلاف ، حتى إذا ملك عنده وقد ترك الإشهاد يضمن ، وقال الطحاوى في مختصره أن أبا حنيفة كان يقول إن كان أشهد على ذلك فلا ضمان عليه فيها ، وإن لم يشهد على ذلك كان عليه ضمانها ، وقال أبو يوسف للضمان عليه فيها أشهد على أنه أخذها ليعرف

لان الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً ، بل هو الأفضل عند عامة العلماء .

بها ، وإن لم يشهد بعد أن يحلف بالله ما أخذها إلا ليعرف بها ثم قال الطحاوى وبه يأخذ ، ولم يذكر الطحاوى قول محمد ، وذكر المتوسطة والمختلف والحصة وفتاوى الولوالجي .

وخلاصة الفتاوى قول محمد مع أبي حنيفة ، وذكر في التحفة وشرح الاقطع قول محمد مع أبي يوسف ثم علل المصنف ما ذكره القدوري بقوله (لان الاخذ) اى أخذ اللقطة (على هذا الوجه) اى على وجه **الاشهاد** د عند الاخذ (**مأذون فيه** شرعاً)لاجل الحفظ على صاحبها ، وإذن الشارع ليس أقل من إذن المالك ، فإذا أذن المالك فلا ضمان،فكذا اذا أذن الشارع ، ألا ترى أن الوديعة لا يجب فيها الضمان لوجود الاذن فكذا هذا ،فان قلت من اين يوجد اذن الشارع فيه ، قلت من قوله ﷺ من أصار لقطة فليشهد ذوعدل رواه اسحاق بن راهويه في مسنده عن عياض بن حماد عنه عليه السلام ، فانه يدل على أن له أن يأخذها بالاشهاد (بل هو الافضل) اى بلا أخذ اللقطة أفضل قال في الشامل أخذ اللقطة مندرب اليه قوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ٢ سورة المائدة .

وفي المبسوط اختلف في رفعها فالمتقشفة يقولون لا يحل رفعها لأنه أخذ مال الغير بغير اذنه ، وهو حرام شرعاً،وهو مخالف للحديث،واجماع الأئمة،وقال بعض التابعين تحل رفعها ولكن الترك أفضل ، وبه قال أحمد في الاصح ، وأشار المصنف الى أن رفعها أفضل (عند عامة العلماء) .

اذا وجدها بمصفه ومن عليه ذلك وهو رواية عن أحمد ، وأختارها أبو الخطاب الحنبلي ، وعن الشافعي في قول اذا لم يأمن عليها رفعها واجب . وقال مالك ان كان شيئا له مال فرفعه أحب الى أن فيه حفظ مال المسلم ، فكان أولى من بضعه وفي شرح الاقطع مستحب أخذ اللقطة ، ولا يجب ، وقال في النوازل أبو نصر محمد بن سلام ترك اللقطة أفضل في قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه .

وقال في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يعرض الرفع ،وان لم يخف لا يباح رفعها ،

وهل الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا ، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه ، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك ، لان تصادقها أنه أخذها للمالك حجة في حقهما ، فصار كالبينة ولو أقر انه أخذه لنفسه يضمن بالإجماع ، لانه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع ،

وأجمع العلماء عليه ، والافضل الرفع في ظاهر المذهب ، وقال في فتاوى الولوالجي اختلف العلماء في رفعها . قال بعضهم رفعها أفضل من تركها ، وقال بعضهم يحل رفعها وتركها أفضل ، وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوى ولو رفعها ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية ، وقال بعض مشايخنا هذا اذا أخذ ولم يرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك ، فأما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فانه يضمن ، وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب على ذلك المكان او لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية .

(وهو الواجب) اى رفعها هو الواجب (اذا خاف الضياع) اى ضياع اللقطة (على ما قالوا) اى المشايخ لقوله تعالى﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياءبعض﴾٧١ التوبة ، فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ، وفي الذخيرة يفترض رفعها اذا خاف ضياعها بتركه (واذا كان كذلك) واذا كان أخذ اللقطة مأذوناً فيه (لا تكون مضمونة عليه) اى على الملتقط لجواز الاخذ له شرعاً (وكذا) اى وكذا لا تكون للقطة مضمونة (اذا تصادقا) اى المالك والملتقط (أنه) اى ان الملتقط (أخذها المالك لان تصادقها حجة في حقهما فصار) اى فضل فيهما (كالبينة) يعني أن البينة اذا وجدت عند الاخذ لا يجب الضمان ، فكذا إذا وجد التصادق .

(ولو أقر انه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع) ذكر هذا تفريعاً لمسألة القدوري . إنما قيد بالاجماع احترازاً عن الضمان الذي يلزم عند عدم الإشهاد عند أبي حنيفة ، لأن فيه خلاف أبي يوسف (لأنه) أي لأن الملتقط (أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع)

وإن لم يشهد الشهود عليه ، وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية. ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه ، وفيه وقع الشك ، فلا يبرأ

فكان عاصياً ، وقال في شرح الطحاوي ماأخذهاليأكلها الا ليردها على صاحبها ثم هلكت فإنه يضمن ولا يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى صاحبها (وإن لم يشهد الشهود عليه) أي عند الالتقاط .

(وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف لا يضمن) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لأن الإشهاد غيرواجب بل هومستحب ، وذكر في شرح الأقطع قول محمد مثل قول أبي يوسف (والقول قوله) أي قول الملتقط مع يمينه (لأن الظاهر) أي ظاهر الحال (شاهد له) أى للملتقط (لاختياره الحسبة دون المعصية) أي لاختيار الملتقط وجه الله تعالى ، والحسبة اى من الاحتساب كالعدة من الاعداد ، وإنما قيد الحسبة عملا لم ينو به وجه الله تعالى ، لأن له حينئذ أن يعيد عمله ، فجعل في حال مباشرة الفعل كأنه معتد .. كذا رواه الزمخشري في الفائق .

وحاصل الكلام أن مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعاً ، قال عليه السلام لا يطيب بكلمة خرجت من في أخيك سوءا وأنت تجد لها محملا من الخير وإنما كان القول قول صاحبها ، لأن صاحبها يدعي سبب الضمان وهو ينكر ، فالقول له كما في الغصب .

(ولهما) أى لابي حنيفة ومحمد (أنه) أى ان الملتقط (أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير) بغير إذنه (وادعى ما يبرئه) بضم الياء من الإبراء أى ما يبرئه عن الضمان وهو الأخذ أى دعواه ما يبرئه (وهو الأخذ لمالكه وفيه) أى وفي قوله هذا وقع الشك ، وهو أنه يحتمل أنه أخذه لنفسه فيضمن ويحتمل أنه أخذ لمالك فلا يضمن (وقع الشك فلا يبرأ) عن الضمان .

وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله ، لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه، ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي، واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس. قال فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً،

(وما ذكر) أي والذي ذكره أبو يوسف (من الظاهر) وهو قوله لأن الظاهر شاهد له (يعارضه مثله) أي مثل ذلك الظاهر . وهو أن يقال الأصل (لأن الظاهر أن يكون تصرف الإنسان له لا لغيره) وذكروا في نسخ الفتاوى هذا الإختلاف إذا كان متمكناً من الاشهاد ، فإن لم يكن لعدم من يشهد على ذلك أو الحقوق أن يأخذ منه ظاهر ، فالقول قوله مع اليمين بالإجماع ، ولا ضمان عليه في ترك الإشهاد .

(ويكفيه) أي ويكفي الملتقط (في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة) أي ينادي ويقول من رأى لقطة كذا و كذا (فدلوه علي) بضم الدال وتشديد اللام على تشديد الياء سواء كانت اللقطة (واحدة) أو أكثر يعني (كانت اللقطة أو أكثر) من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، بأن يكون ذهباً وفضة أو أثواباً يكفيه أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة ولا يحتاج إلى الزيادة (لانها) أي لان اللقطة (اسم جنس) فيتناول وعند أحمد ينبغي أن يذكر جنسها من ذهب أو فضة ، وفي شرح الطحاوي ولو قال التقطت لقطة أو قالته أو قال عند شيء ، فمن سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي ، فلما جاء صاحبها قال هلكت لا ضمان عليه ، وكذلك لو وجد لقيطين فقال من سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي ، ولم يقل عندي لقطتان ، وكذلك لو قال عندي لقطة بريء من الضمان ، وإن كانت عشراً .

وهذا كله اشهاد أنه إنما أخذها ليردها على صاحبها ، وقال شمس الأئمة الحلواني أو في ما يكون في التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذها لا ردها ، فإن فعل ذلك ولم يعد فيها بعد ذلك كفى (قال) أي القدوري (فإن كانت) أي اللقطة (أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً ، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً) هذا لفظ القدوري في مختصره

قال العبد الضعيف وهـــذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياماً معناه على حسب مـا يرى الإمام ، وقدره محمـــد في الاصـل بالحول من غير تفصيـل بين القليل والكثير ، وهو قول مالـــك والشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل

(قال) أى المصنف (هذه رواية عن أبي حنيفة) أى هذه الرواية التي ذكرها القدورى بالترديد رواية عن أبي حنيفة ، وأشار بهذا إلى انهـــا ليست ظاهر الرواية ، وفي ظاهر الرواية مدة التعريف مقدرة بالحول ، فإن الطحاوى أيضاً قال وإذا اللقطة لقطة انـــه يعرفها سنة ، سواء كان الشيء نفيا أو حبساً في ظاهر الروايـة ، وفي فتاوى الولوالجي ، وعن أبي حنيفة إن كانت مئتي درهم فما فوقها يعرفها حولاً وإن كانت أقل من مئتي درهم إلى عشرة يعرفها شهراً ، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى .

وعن أبي حنيفة في رواية أخرى وإن كانت مئتي درهم فصاعداً يعرفها حولاً ، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفهـــا عشرة أيام ، وإن كانت درهماً فصاعداً يعرفها ثلاثة أيام ، وان كانت دافقاً فصاعداً يعرفها يوماً وإن كانت دون ذلك ينظر عنه ويسره ثم يصدقه في كف فقير ، وقال شمس الأئمة السرخسي وشيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف التعليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبهـا لا يطلبها بعد ذلك،وقال أصحاب الشافعي،التعريب واجب منه وهو قول مالك وأحمد .

(وقوله) أى وقول القدورى (أياماً معناه على حسب ما يرى الإمام) أى ان الملتقط معناه إلى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك (وقدره محمد في الأصل) أى في المبسوط قدر محمد في التعريف (بالحول من غير فصل بين القليل والكثير) وهكذا روي عن محمد وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ولأن السنة لا تأخر عنها القوافل ،ويمضي فيها الزمان التي يقصد فيه البلاد من الخبر والبرد والاعتدال فصلحت قدر المدة أجل العين (وهو) أى قول محمد بالحول (قول مالك والشافعي) واحمد ايضاً (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (من التقط شيئاً فليعرفـــه سنة من غير فصل) هذا الحديث رواه

وجه الاول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي ألف درهم ، والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به ، في السرقة وتعلق استحلال الفرج به ، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً ومـــا دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ، ففوضنا إلى رأي المبتلي به

اسحاق بن راهوية بإسناده عن عياض وعن الرسول ﷺ ، وقد ذكرنا بعضه عن قريب له وفيه وليعرفها سنة ، وإن جاء صاحبها وإلا فهو مـــال الله يؤتيه من يشاء ، واخرج الدارقطني في سننه عن زيد بن خالد الجهني قـــال سأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة ... الحديث من غير فصل يعني بين القليل والكثير (وجه الأول) وهو ما روى عن أبي حنيفة انه عرفها حولاً إذا كانت عشرة فصاعداً (أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي الف درهم) يشير به إلى ما رواه البخارى في صحيحه عن ابي بن كعب رضي الله عنه قال أخذت مرة مئة دينار فأتيت النبي ﷺ فقال عرفها حولاً فعرفها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولاً فعرفها فلم اجد ثم اتيته ثلاثــاً فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فإن بان صاحبها وإلا فاستمتع بها وجه الاستدلال انه عليه السلام اعتبر الحول في كل كرة يجب التعريف بالحول مطلقاً وأجاب المصنف عن هذا بقوله (والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة) لأن اليد تقطع بالعشرة كما تقطع بما فوقها ، وكذلك في صلاحية العشرة المهر لما فيهـا فوقها ، وهو معنى قوله (وتعلق استحلال الفرج به) اى وكما في تعلق استحلال الفرج في النكاح (وليست في معناها) اى وليست العشرة في معنى الألف (في حق تعلق الزكاة) وهـذا ظاهر ، وكان للعشرة جهتان ، أحدها حال كونها في معنى الأول والأخرى في عدم كونها ، فلما كان الأمر كذلك قال المصنف (فأوجبنـا التعريف بالحول احتياطاً) نظراً إلى اعتبار الجهة الأولى (وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما) اى بوجه من الوجوه ، قال فإذا كان الأمر كذلك (ففوضنا) يعني تقدير المدة (إلى رأى المبتلي به) اى بمـا دون العشرة ،

وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به ، وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به ، وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها ، وفي الجامع

وقال الكاكي وما روى عن ابي بن كعب رضي الله عنه انه عليه السلام امره بتعريف مائة دينار غير صحيح ، قال ابو داود وشك الراوى في ذلك ، وقال الراوى اعوام او عام واحد .. انتهى .

قلت الحديث رواه مسلم ايضا في صحيحه ، وفي آخره ، فقال لا ادرى ثلاثة احوال او حول واحد ، وفي لفظ فيما بين عامين او ثلاثة ، وفي لفظ عرفها بعض الرواية بدليل ان منعه قال فيه منعة بقول منذ عشر سنين عرفها عاما واحداً وقال ابن الجوزى في التحقيق ولا تخلو هذه الروايات عن غلط بعض بدليل ان شعب قال بالتعريف فيه مستحقة يقول بعد عشر سنين عرفها عاما واحداً ، ويكون عليه السلام علم انه لم يقع يعرفها كما ينبغي فلم يجب له بالتعريف الأول (وقيل الصحيح) اشار به إلى قول شمس الأئمة السرخسي وقد ذكرناه عن قريب ، ولهذا قال بعض أصحاب مالك وأصحاب أحمد رحمهم الله (إن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه ان صاحبه لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها) أي باللقطة .

(وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى) قالوا في نسخ الفتاوى وإن كانت مما لا تبقى إذا ادى عليه يوم او يومان عرفها ، فإذا خاف الفساد وتصدق بها (عرفها حتى إذا خاف ان يفسد يتصدق به) كلمة حتى هنا بمعنى إلى المعنى عرفها إلى ان خاف فسادها اى تلفها فحينئذ يتصدق به ، والضمير في قوله عرفها يرجع إلى اللقطة او في قوله به يرجع إلى قوله شيئا (وينبغي ان يعرفها في الموضع الذى اصابها ، وفي الجامع) مجمع الناس كالاسواق وابواب المساجد وفي الشامل والتعريف او ينادى في الأسواق والمساجد من ضاع له

فإن ذلـــك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها ، وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الإنتفاع ، من غير تعريف ، ولكنـــه يبقى على ملك مالكه ، لان التمليك من المجهول لا يصح ، فإن جاء صاحبها

شيء فليطلبه عندى (فان ذلك) اشار به إلى الموضع اصابه فيه (اقرب الى الوصول إلى صاحبها) لان صاحبها يرجع إلى الموضع الذى نسبه فيه .

(وإن كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان) يعني في مواضع مختلفة ، فجمعها حتى صارت بحكم الكثرة لها قيمة فلا اعتبار بقيمتها لانها ظهرت بصيغة وهي جمعه وله الانتفاع بذلك ، وذكر شيخ الإسلام ، ولوكانت متفرقة جمعها للمالك اخذها لانه يصير ملكا للأخذ بالجمع ، وكذا الجواب في التقاط المسائل ، وبـه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيرة وفي المحيط لو وجد النواة والصور في مواضع متفرقة يجوز الانتفاع بها ، أما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعهـــا فالظاهر انه ألقى بها ، بل سقطت منه ... انتهى .

وكلام المصنف يدل على شيئين أحدهما أنه إذا جمعها يجوز الانتفاع بهـا لأنه علل بقوله (يكون القاؤه إباحة) أي القاء الشيء الذي يعلم أن صاحبه لا يطلب يكون إباحة منه لمن يأخذه (حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف) لأنـــه حينئذ من الإباحات ، والثاني يدل على انه لا يخرج من ملك مالكها أشار اليه بقوله (ولكنه يبقى على ملك مالكه) لأنه لم يخرج من ملكه فلا يكون ملكا لمن أخذه (لأن التمليك من المجهول لا يصح) .

فإذا وجده في يد الملتقط أخذ منه إن شاء ، وفي المبسوط روى بشر عن أبي يوسف لو جز صوف شاة ميتة ملقاة كان له أن ينتفع به ، ولو وجد صاحب الشاة في يده كان لـه أن يأخذه منه ولو دفع جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعدما يعطيه مـــا زاد الدباغ فيه ، لأنه ملكه لم يزل بالالقاء ، وفي خلاصة الفتاوى التفاح والكمثرى والحطب في المال لا بأس أن يأخذها (فإن جاء صاحبها) أي صاحب اللقطة إن جـاء بعد التعريف

وإلا تصدق بها إيصالاً للحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الإمكان وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها ، وإيصال العوض وهـــو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وإن شاء أمسكها رجاء الظفر لصاحبها ، قال فإن جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الصدقة ، وله ثوابهـا ولأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه ، فيتوقف على إجازته والملك يثبـــت للفقير

وخبر إن محذوف تقديره رفعها إليه (وإلا) أي وإن لم يجد يعني إذا لم يظفر الملتقط بصاحبها **(تصدق بها)** والمسألة من القدوري وتمامها فيه ، **فإن جاء صاحبها بعد ذلك فهو بالخيار إن** شاء يمضي الصدقة وإن شاء ضمن الملتقط .

وشرح المصنف كلام القدوري بقولـــه (إيصالاً) أي لأجل الإيصال (**للحق إلى** المستحق وهو) أي ايصال الحق الى المستحق (واجب بقدر الإمكان) ليخرج من عهدته ، ولما كان الإيصال أعم من أن يكون لصاحب الحق او لغيره أوضح ذلك بقوله (وذلك) أي إيصال الحق (بإيصال عينها) أي عين اللقطة ، (عند الظفر **بصاحبها** وإيصال العوض وهو الثواب **على** اعتبار إجازته) اي إجازة صاحب اللقطة (التصدق بها ، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر لصاحبها) أي باللقطة أي مستحقة ، وإنما قيد به لأنه إذا لم يجز التصدق لا يكون الثواب له (وإن جاء صاحبها يعني بعدما تصدق **بها فهو**) أي صاحبها (بالخيار إن شاء أمضى الصدقة ولـــه ثوابها لأن التصدق وان حصل بإذن الشرع) حيث جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه البزار فإن جاء صاحبها فليرده إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به ... الحديث .

فهذا التصدق وان حصل بإذن الشرع (لم يحصل بإذنه) اي بإذن صاحبها الذي هو المالك ، فإذا كان كذلك (**فيتوقف على إجازته**) اي إجازة صاحب الصدقة (والملك يثبت للفقير) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال لما توقف فعاد التصدق على إجازته فينبغي ان يشترط وجود المحل عند الإجازة ، لكن لا يشترط حتى إذا هلك المال في يد

قبل الإجازة فلا يتوقف على قيـــام المحل بخلاف بيـع الفضولي لثبوته بعد الإجازة فيه وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه

الفقير ثم أجاز المالك جاز وتقدير الجواب ان الملك ثبت للفقير (قبل الإجازة) لأن الملتقط لما أذن له الشرع في التصدق ملكه الفقير لأن الصدقة من أسباب الملك (فلا يتوقف) اي ثبوت الملك (على قيام المحل) حتى لو هلك المال في يد الفقير تجوز الإجازة .

فإن قيل لو ثبت للفقير فالأخذ ينبغي ان لا يأخذه المالك إذا كان قائماً في يده ، قلنا **ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له. وكالمرتد** لو عاد من دار الحرب مسلماً بعد قيمة مالية بين ورثته ، فإنه يأخذ ما وجده قائماً بعد ثبوت الملك لهم (بخلاف بيع الفضولي) حيث يشترط فيه الإجازة قيـــام المحل (لثبوته) اي لثبوت الملك (بعد الإجازة) اي بعد إجازة المالك (فيه) اي في بيع الفضولي، وإذا أجاز المالك بيع الفضولي يشترط لصحة الإجازة قيام الأربعة المالك والمتعاقدان والمقصود عليه ان كان الثمن ديناً ، وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى في باب البيوع (وان شاء ضمن الملتقط) هذا عطف على قوله ان شاء رضي الصدقة (لأنه) اي لأن الملتقط (سلم ماله إلى غيره بغير إذنه) اي سلم مال صاحب اللقطة إلى غيره بغير إذنه منه فله ان يضمنه ، وبه قال مالك والثوري والحسن بن صالح .

وقال الشافعي وأحمد فإذا لم يجيء بعد التعزير ملكها الملتقط بحكم القاضي ، وصارت من ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط او فقيراً وروى مثله عن عمر وابن مسعود وحارث رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والنخعي وابن المنذر واحتج الشافعي وأحمد بحديث زيد ابن خالد ، فإن لم يعرف فاستنفقها ، وفي رواية فاستمتع بها ولنا حديث أبي هريرة ان رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة ، فإن جـــاء صاحبه فليرده إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به ، فإن جاء فليخير بين الاجر وبين المطالة رواه البزار ، ولأنها ملك الغير فلا يملكها لغيرها ويملكها الفقير عنه ، فلحديث عياض بن

إلا انه بإباحته من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبـــد كما في تناول مال الغير حال المخمصة وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه وإن كان

حماد والجامعي وقد ذكرناه ، وفيه فإن جــاء صاحبها وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء . رواه النسائي وغيره .

وما يضاف إلى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة ، وعن أحمد مثله، وحديث زيد ابن خالد يمكن ان يكون في فقير فيحل عليه جميعاً بين الأحاديث ، فإن قلت ان حديث أبي هريرة غريب قلت ليس كذلك بل نقله القدوري وهو موافق للنصوص في عدم جوازه بملك مال الغير بغير إذنه ، فإن قلت كيف يضمن الملتقط وقد تصدق بإذن الشرع قلت الشرع أباح له التصدق وان ألزمه ذلك وهو يعني قول المصنف (إلا أنه) اي ان الملتقط (بإباحته من جهة الشرع) يعني ان الاذن كان إباحة منه لا التزاماً ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم لا الضمان وهو معنى قوله .

(وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد كما في تناول مال الغير حال المخمصة) فإنه يحل بإباحة شرعية ، لكن مع الضمان ، وكذا الرمي الى الصيد مباح ، وكذا المشي في الطريق مباح، فإذا هلك بذلك شيء يجب الضمان على الرمي وأيما شيء ، لان إسقاط حق محترم لا يجوز.

وفي خلاصة الفتاوى ان يصدق الملتقط بإذن القاضي ليس له ان يضمنه ،وقال الكاكي هذا ليس بصواب إذا تصدق الملتقط بإذن القاضي لا يكون أعلى حالاً من تصدق القاضي بنفسه ، ويقال يضمن القاضي وههنا أولى ، كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان (وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه) اي لأن المسكين قبض مال اللقطة بغير إذن منــــه فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب ، لكن ان ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء .

اما المسكين فلأنه أخذ لنفسه ، ومن أخذ لنفسه لا يرجع على أحد كالمعتبر . وامـــا الملتقط فإنه ضمن مالك اللقطة وقت التصدق بغير انه يصدق بملك نفسه (وان كان) اي

قائماً أخذه لأنه وجد عين ماله . قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقـــال مالك والشافعي إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهمـــا أن الأصل في أخذ مـــال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع ؛ وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك ،

المال الذي هو لقطة (قائماً) في يد الفقير (أخذه لأنه وجد عين ماله) وهو حقه فيأخذه ان شاء (قال)أي القدوري(ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير)هذا كلام القدوري.

وقال المصنف (وقـــال الشافعي ومالك إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل) وبه قال أحمد ، وعن مالك والليث في ضالة الإبل لو وجدها في القرى عرفها ، وفي الصحراء لا يتعرض لهاوهو رواية المزني عن الشافعي وعن مالك أن البقر كالشاة، أما إذا وجدها في مكان يغلب على الظن هلاكها أوفي قرية **لا مرعى فيهـــا** فالأولى أخذهـا عند الكل وفي الوجيز لو وجدها في بلدة او قرية او قريب منها فوجهان أحدهما لا يجوز وأصحها يجوز .

وما لا يمنع من صغار المتاع كالبعير والغنم والفحول والفصلان يجوز التقاطه في المفازة والعمران

وما لا يمنع من صغار المتاع كالعبد والغنم والفحول والفصلان يجوزالتقاطه في المنازة والعمران في الأصح ، وفي شرع الأقطع الخلاف في الجواز ، وذكر الكتاب خلاف الأفضليـــة ، وروايات كتبهم ومستمسكاتهم تدل على أن الخلاف في الجواز (وعلى هذا الخلاف الفرس) الخلاف المذكور التقاط الفرس (لهما) أى للشافعي ومالك (ان الأصل في أخذ مـــال الغير الحرمـــة والإباحة مخافة الضياع) أى إباحـة أخذ مـــال الغير لأجل الخوف عن ضياعه .

(وإذا كان معها) أى مع اللقطة (ما يدفع عن نفسها) كالعزل ونحوه (يقل الضياع ولكنـــه يتوهم) أى ولكن الضياع يتوهم (فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك) أى

ولنـــا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة ، فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته

المستحب أن يتركهـــا ، وقد ذكرنا الآن عن الأقطع أنه خلاف الجواز (ولنـــا انها) أى ان البقر والبعير والفرس (لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذهاوتعريفهاصيانة لأموال الناس كما في الشاة) فإن التقاطها يستحب بالإجماع .

وإذا خيف الضياع على البعير ونحوها يستحب أخذها أيضاً صيانة لأموال الناس ،فإن قلت ما تقول في حديث رواه البخارى عن زيد بن خالد رضي الله عنـه أن رجـلا سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة إلى أن قال فضالة الغنم ، فقال خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال رسول الله ﷺ فضالة الإبل قال فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجناته واحمر وجهه .

ثم قال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها . قلت هو محمول على ما إذا لم يخف عليها ، أما إذا خيف عليها فأخذها للصيانة اولى ، ويدل عليه ما رواه الطحاوى عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رجلا من مدينة اتى رسول الله ﷺ فسأل كيف ترى في ضالة الغنم قال طعام مأكول لك أو لاخيك أو للذئب أحسن على أخيك ضالته قال يـــا رسول الله ﷺ فكيف ترى في ضالة الغنم قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤهـــا ولا تخاف عليها الذئب تأكل الكلأ وترد الأذى عنها حتى يجيء طالبها ... انتهى .

قوله سقاؤها بكسر السين وأراد بها إذا وردت الماء تشرب يكون ربها من ظنهـــا والحذاء بكسر الحاء المهملة وبالذال المعجمة وبالألف ممدودة وأراد بها حقاقها التي تقوى بهـــا على السير ، فإن قلت ينبغي أن لا يجوز أخذ اللقطة أصلا بدليل ما روى في شرح الآثار عن أبي عبادة رضي الله عنـــه قال قال رسول الله ﷺ ضالة المسلم حرف التاه — قلت معناه إذا أخذها للركوب لا للتعريف والحرف بفتحتين اسم الاحراف. وعن ثعلب الحرف اللهب يعني إن تملكها سبب العقاب من النار . وكذا الجواب عن الحديث الآخـر وهو قوله عليه السلام لا يرى الضالة إلا الضال يعني إذا أخذها لنفسه وإن أبرأها إذا كان لنفسه لا للتعريف .

عن ذمة المالك ، وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها ، لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له ، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نبين ، واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه ، فإن كان للبهيمة منفعة أجرها وأنفق عليها من أجرتها ، لأن فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق ، وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة ،

عن ذمة المالك) فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره وبغير أمر القاضي (فإن أنفق بأمره) أي بأمر القاضي (كان ذلك) أي انفاقه (ديناً على **صاحبها**) أي صاحب اللقطة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المال (لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له)أي لاجل النظر للغائب لانه نصبه لمصالح المسلمين فيعم ولايته .

(وقد يكون النظر في الإنفاق) أي وقد يكون نظر الحاكم في الامر بالانفاق **على اللقطة** ، فكل ما رآه القاضي أحوط وأصلح كان له ذلك (على ما نبين **إن شاء الله** تعالى) أي بعد خمسة خطوط عند قوله وإذا كان الاصلح الإنفاق عليها (وإذا رفع ذلك) أي أمر اللقطة (إلى الحاكم نظر فيه) أي في أمر اللقطة (فاذا كان للبهيمة منفعة) وهي صلاحيتها للاجارة كالحيوان التي تركب (أجرها وانفق عليها من أجرتها لان فيه) أي لان في أمر الإجارة (ابقاء العين) أي عين اللقطة (على ملكه) أي على ملك صاحبها (من غير إلزام الدين عليه) أي على صاحبها .

(وكذلك يفعل) أي الحاكم (بالعبد الآبق) فانه يؤجره وينفق عليه من أجرته ، لأن فيه إبقاء لملكه (وإن لم يكن لها منفعة) كالشاة مثلا (وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر) أي الملتقط (بحفظ ثمنها إبقاء له) أي لاجل إبقاء اللقطة للمالك (معنى عند تعذر إبقائه صورة) أي من حيث المعنى بالمالية حيث لم يكن انفاء الصورة لانه

وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك ، وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه نصب ناظراً وفي هـــذا نظر من الجانبين ، قالوا وإنما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها ، لان دارة النفقة مستأصلة ، فلا ينظر في الانفاق مـــدة مديدة ، قال في الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يـــده ولا يأمر فيـــه بالإنفاق بخلاف الوديعة حيث يأمره بالانفاق فيها ، فـلا بـــد

يخاف عليها أن يستأصل النفقة القيمة (وإن كان الأصلح الإنفاق عليها) يعني القاضي لو رأى الإنفاق أصلح (أذن في ذلك) أى في الانفاق .

(وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه) أي لان القاضي (نصب ناظراً) في أمور المسلمين يفعل ما رآه أحوط وأصلح كان له ذلك بعموم ولايته (وفي هذا) أي وفي إذن القاضي للملتقط في الإنفاق وجعل النفقة ديناً على المالك (نظر من الجانبين) جانب المالك بإبقاء عين مالكه وجانب الملتقط برجوعه على المالك بما أنفق . (قالوا) أي المشايخ (وإنمـا يأمر الإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فـإذا لم يظهر **يأمر ببيعها)أي يأمر القاضي ببيع اللقطة (لأن دارة النفقة)أي استمرارها (مستأصلة)** للقيمة (فلا ينظر في الإنفاق مدة مديدة) أي طويلة (قال) أي المصنف (في الأصل) أي في المبسوط (شرط إقامة البينة) حيث قال فإن رفعها إلى قاض وأقام بينة أنـــه **التقطها أمره بأن ينفق عليها (وهو الصحيـح) وفي بعض النسخ وهو الصحيح وهـــو اختيار المصنف ، وقال الولوالجي في فتاواه :**

قالوا هـــذا إذا كانت اللقطة شيئاً لا يخلاف الهلاك عليه مبني لم ينفقـــه إلى أن تقوم البينة ، أما إذا كان يخاف أمان القاضي لا يكلفه إقامة البينة لكن تهول له اتفـــق عليه إن كنت صادقاً (لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يـده ولا يأمر فيه بالإنفاق بخلاف الوديعة حيث يأمره بالانفاق فيها) خوفاً من ضياعها (فلا بـد) أي

من البينة لينكشف الحال ، وليست تقام للقضاء ، وإن قال لا بينة لي يقول القاضي أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ولا يرجع إن كان غاصباً ، وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعدما حضر ،ولم يتبع الملتقط إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية

فإذا احتمل في اللقطة الغصب فلا بد (من البينة) على انه التقطها (لينكشف الحال) للحاكم حتى يقع أمره على الصواب .

(وليست تقام) أي البينة (للقضاء) أي لأجل الحكم ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال كيف شرط في الأصل إقامة البينة ، ولا تقوم البينة إلا على مدع منكر **ولم يوجد ذلك هنا،وتقدير الجواب أن البينة هنا ليست لأجل قضاء القاضي،وإنما لكشف** الحال يعني تقام حتى ينكشف حال البهيمة أنها لقطة أو غصب ، فإن في الأولى يأمر القاضي بالإنفاق دون الثاني .

(وإن قال لا بينة لي) أي وإن قال الملتقط لا بينة لي على أني التقطها (يقول له القاضي أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ، ولا **يرجع إن كان غاصباً) قوله ولا يرجع بالنصب لأنه عطف على قوله حتى يرجع فإن يرجع** فيه منصوب بتقدير أن بعد حتى (وقوله) اي قول القدوري وهو مبتدأ (في الكتاب) اي في مختصر القدوري (وجعل النفقة ديناً على صاحبها) هذا لفظ القدوري (إشارة) بالرفع خبر المبتدأ المذكور (إلى أنه إنما يرجع) اي الملتقط (على المالك بعد ما حضر، ولم يتبع الملتقط) اللقطة ، وضبطه بعضهم على صيغة المجهول (إذا شرط القاضي الرجوع) هذا متصل بقوله إنما يرجع الملتقط (على المالك) إذا شرط القاضي الرجوع على المالك .

(وهذه رواية) اي شرط الرجوع رواية ،فعلى هذه الرواية إذا أمر القاضي بالانفاق على اللقطة ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه ، وفي الرواية الأخرى يرجع .

وهو الأصح ، قال فإذا حضر يعني المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه يحيي بنفقته ، فصار كأنه استفاد الملك من جهـــة الملتقط فأشبه المبيـــع ، وأقرب من ذلك رد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يـــد الملتقط قبـــل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس ، لانه يصير بالحبس شبيه الرهن ،

(وهو الاصح) اى الاصح في الرجوع إن شرط القاضي الرجوع ، واحترز بـه عن قوله بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضي يكفي للرجوع (وإذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها) أي يمنع اللقطة من المالك (حتى يحضر النفقة)الذي أنفقها الملتقط على اللقطة (لأنه) اى لان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المذكور ، قاله الكاكي والاوجه ان يقـــال ذكره باعتبار المال ، وكذلك الكلام في قوله (يحيى بنفقته) اى بنفقة الملتقط (فصار ، كأنه استفاد الملك من جهته) اى من جهة الملتقط (فأشبه المبيع) حيث يجوز للبائع ان يحبس المبيع لاستيفاء الثمن .

(وأقرب من ذلك) اى اقرب من البيع الى اللقطة في السيد (رد الآبق) اى العبد الهارب ، لان الذى رده لحبسه لاجل اخذ الجعل ، وهو معنى قوله (فان له) اى الراد دل عليه قوله، رد الآبق (الحبس) أى حبس الآبق (لاستيفاء الجعل) وهو اربعون درهماً على ما يأتي (لما ذكرنا) هو قولـــه حتى ينفقه ، فكما ان اللقطة حيث ينفقه الملتقط ، فكذلك الآبق حتى يرد من مسك (ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه) اى بهلاك اللقطة على تأويل المال (في يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط اذا هلك بعد الحبس ، لانه) اى لان اللقطة على تأويل المال لما ذكرنا (يصير بالحبس شبيه الرهن) اذا هلك بعد حبس الرهن بالنفقة ، وفي الذخيرة اذا الى الراهن ان ينفق على الرهن فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى في النفقة ، ولو هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن ثم قال قول زفر ، وقال يوسف ليس لـــه ان يحبس بالنفقة ، فـــاذا هلك في يد المشترى ، والنفقة دين على الراهن بحاله .

قال ولقطة الحل والحرم سواء ، وقال الشافعي يجب التعريف إلى أن يجيىء صاحبها لقوله ﷺ في الحرم لا يحل لقطتها إلا لمنشدها . ولنا قوله عليه السلام إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ، ولأنها لقطة ، وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها ، وتأويل ما روي أنه لا يحل

(قال) أي القدوري « رح » (ولقطة الحل والحرم سواء) يعني في الحكم (وقال الشافعي يجب التعريف) أي تعريف لقطة الحرم (إلى أن يجيىء صاحبها) قال أحمد في رواية (لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (في الحرم لا يحل لقطتها إلا لمنشدها) هذا أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة ... الحديث بطوله ... وفيه يلتقط لقطة إلا من عرفها ... الحديث ، وفي لفظ لها يلتقط شيئاً قطعها إلا منشد ، وقال أبو عبيد المنشد المعرف والثالثة الطالب معناه لا يحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها .

(ولنا قوله عليه السلام إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل) يعني بين لقطة الحل ولقطة الحرم ... الحديث ، أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ، قال جاء رجل فسأل النبي ﷺ عن اللقطة فقال إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ... الحديث والعفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك والوكاء بكسر الواو بالمد هو الرباط ينشد به .

(ولأنها) أي ولأن لقطة الحرم (لقطة) كسائر اللقطات فأبيح أخذها ، وجاز الانتفاع بها بعد حول الحول كلقطة الحل (وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه) يعني من حيث يحصل الثواب له (فيملكه) أي الملتقط (كما في سائرها) أي كما يملك في سائر اللقطات (وتأويل ما روي) أي ما رواه الشافعي (انه لا يحل

الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهراً . وإذا حضر رجل فادعى اللقطة ولم تدفع إليه من يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء ، وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل إن سمى وزن الدراهم

الالتقاط إلا للتعريف) ولهذا ذكر في رواية أخرى ولا يلتقط لقطة إلا من عرفها .

(والتخصيص بالحرم) هذا جواب عما يقال ما وجه تخصيص الحرم في هذا المعنى ، وتقدير الجواب أن تخصيص حل الرفع بالحرم يعني بلقطة الحرم (لبيان انه لا يسقط التعريف فيه) أي في الحرم (لمكان أنه) أي ان الذي يلتقط فيه (للغرباء ظاهراً) أي من حيث الظاهر بيان ذلك أن مكة مكان الغرباء لأن الناس يأتون إليها من الأقطار من كل فج عميق ، ثم يتفرقون في شعابها ،قالت إن لفظها لغريب لا يدرى عوده إلى مكة ،فلا فائدة إذا في التعريف فينبغي أن يسقط التعريف اصلاً لعدم الفائدة ، فما زال رسول الله ﷺ ذلك الوهم ، فقال لا تحل رفع لقطها إلا لعرف كما هو الحكم في غيرها من البلاد ، وقيل لا يصح عند الشافعي بالحديث المذكور إلا إذا جعل الناشد ، وجعل إلا بمعنى ولا تقديره لا يحل لقطها لا لغير الملتقط ولا للملتقط ... انتهى .

قلت قد ذكرنا أن المنشد هو المعرف ، والناشد هو الطالب وبذمته ليس كذلك ، قال صاحب الوجيز معنى الحديث لا يحل لقطها إلا لمنشد على الدوام ، وإلا لم تظهر فائدة التخصيص (وإذا حضر رجل فادعى اللقطة ولم يدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ، ولا يجبر على ذلك) أي على الدفع (في القضاء) بمعنى الحاكم لا يجبره على الدفع (وقال مالك والشافعي يجبر) على الدفع ، قال الكاكي هذا وقع في نسخ أصحابنا ، ولكن القائل يوجب الدفع بالعلامة ، مالك وأحمد وداود وابن المنذر فإن في كتب أصحاب الشافعي قوله كقولنا (والعلامة مثل إن سمى وزن الدراهم

وعددها ووكاءها ووعاءها ، لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ، ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه ، وهذا للإباحة

وعددها ووكاءها ووعاءها) ويصف في ذلك كله ، وقد مر عن قريب تفسير الوكاء .

(لهما) أي لمالك والشافعي (أن صاحب اليد) الذي هو الملتقط (ينازعه) أي ينازع المدعي لأن اللقطة له (في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف) أي وصف اللقطة بذكر العلامة (لوجود المنازعة من وجه) وهي المنازعة في اليد (ولايشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه) وهي المنازعة في الملك حاصله أن الملتقط لا نزاع له في الملك لأنه يدعي الملك ، وإنما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه دون وجه فاشترط بيان العلامة دون إقامة البينة (ولنا أن اليد حق مقصود) للإنسان (كالملك) حتى يجب الضمان على الغاصب بإزالة اليد ألا ترى ان المدبر إذا غصبه غاصب يلزم الزمان لإزالة يد المحرم وإن لم يكن قابلاً للملك .

فإذا كان كذلك (فلا يستحق) أي المدعي (إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك) إذا ادعاه لقوله عليه السلام البينة على المدعي (إلا انه) أي غير ان الملتقط (يحل له الدفع) أي دفع اللقطة إلى صاحبها (عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه) ... الحديث رواه مسلم عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة عرفها فان جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فاعطه إياها وإلا فاستمتع بها ، وفي رواية والا فهي كسبيل مالك ، وفي رواية أبي داود فان جاء مالكها فعرف عددها ووكاءها فادفعها اليه .

(وهذا) أي قوله عليه السلام فادفعها اليه (للاباحة) يعني الأمر فيه للاباحة ، لأن

عملاً بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي ... الحديث ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه استيثاقاً ، وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده ،

الأمر يجيء للاباحة (عملا بالمشهور) أي لأجل العمل بالحديث المشهور (وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي ... الحديث) أي أتم الحديث وتمامه واليمين على من أنكر بيانه أي قوله عليه السلام ادفعها اليه ولم يحمل على الإباحة ، وحمل على الوجوب لزم التعارض على وجه يلزم التنافي وهو الاستحقاق وعدمه ، والأصل في التعارض الجمع عملا بالدليلين ، فحملنا ما تمسك به الشافعي على اباحة الدفع دفعاً للتعارض بين الحديثين .

وقال الأكمل ولقائل أن يقول الحمل على الإباحة عملا بالمشهور فيلزم عدم الجواز الدفع أيضاً ، لأن انتفاء الوجوب يلزم انتفاء الجواز أن الشافعي لم يقل بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب ، والمصنف ها هنا في مقام الدفع فجاز أن يدفعه على طريقه فيلزمه الخصم .

(ويأخذ منه) أي من مدعي اللقطة (كفيلا اذا كان) أي الملتقط (يدفعها اليه) أي يدفع اللقطة الى المدعي (استيثاقاً) أي لأجل الاستيثاق لنفسه حتى اذا ظهر الأمر بخلاف ، وتقدر الرجوع اليه يرجع على الكفيل ، هذا اذا دفعها بالعلامة ، أما لو دفعها بالبينة ، فلأبي حنيفة « رح » روايتان ، والصحيح انه لا يأخذ كفيلا ، كذا في جامع قاضي خان (وهذا بلا خلاف) يعني أخذ الكفيل منها بلا خلاف (لأنه يأخذ الكفيل لنفسه) ولا يأخذه لغيره (بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده) أي عند أبي حنيفة ودل الضمير اليه ، وان لم يسبق ذكره لشهرة حكم تلك المسألة صورته ميراث قسم بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة ، وعندهما تؤخذ والفرق عند أبي حنيفة أن حق الحاضر ها هنا غير ثابت ، فيمكن أن يكون غيره فيضمنه ، ولا يمكن الرجوع على الأخذ لانه قد تتوارى فيحتاط بأخذ الكفيل .

أما في الميراث فحق الحاضر ثابت ومعلوم ، وحق الآخر موهوم فلا يجوز أن يأخذ حق الحاضر الثابت الموهوم ، وقال الأترازي قوله ويأخذ منه كفيلاً إلى قوله وهذا بلا خلاف فيه

وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر ، والمودع مالك ظاهر ، ولا يصدق باللقطة على غنى ، لأن المأمور هو التصدق بقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليصدق بـــه والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة ، وإن كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع بها ، وقال الشافعي

تناقض من المصنف لانه قال في فصل المواريث فيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف .

(واذا صدقه) أي اذا صدق الملتقط مدعي اللقطة (قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه) أي لا يجبر المودع على الدفع يعني لو جاء رجل إلى المودع وقـــال أنا وكيل المودع في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع إليه لأنه أمر يحق القبض في ملك الغير (وقيل يجبر لأن المالك ها هنا غير ظاهر) أي مالك آخر غير هذا المدعي في اللقطة غير ظاهر ولما أقر أنه وهو المالك يلزمه إقراره فيجبر على الدفع .

(والمودع) بكسر الدال (مالك ظاهر) فبالإقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع إليه لأنه غير مالك بيقين ، ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشيء ، وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له لم يأمره ، وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ، ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وإنه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان لـــه أن يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط .

(ولا يصدق باللقطة على غنى لأن المأمور هو التصدق بقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليصدق به) أي ما أمر بالصدقة (والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة) حيث لا يصح على غنى ، والحديث رواه أبو هريرة ، أخرجـه الدارقطني ، وقد تقدم (وإن كان الملتقط غنياً لم يجز أن ينتفع بها) أي باللقطة (وقـــال الشافعي

يجوز ، لقوله عليه السلام في حديث أُبي رضي الله عنه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها ، وكان من المياسير ، ولأنه إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ، ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص ،

يجوز) وبه قال أحمد (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (في حديث ابي فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها) حديث ابي بن كعب رضي الله عنه في الصحيحين ، وفيه فاحفظ عددها ووعاءها ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فانتفع بها .. الحديث .

(وكان) أبي بن كعب رضي الله عنه (من المياسير) أي من الأغنياء ، وهذا من كلام المصنف وليس من سنن الحديث ، والمياسير جمع ميسور ضد المسور ، وهما وجهان عند سيبويه ومصدران عند غيره ، قيل يرد كلام المصنف ما رواه البخاري ومسلم عن أبي طلحة ، قلت يارسول الله إن الله تعالى يقول ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾ ٩٢ آل عمران ، وأن و جب أموال إلى برها فما ترى يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان ، فهذا صريح ان ابيا كان فقيراً ، قلت يحتمل انه ليس بعد ذلك ، وقضاء بالأحوال الطرف اليها لاحتمال سقط فيها الاستدلال .

(ولأنه) أي لأن الانتفاع باللقطة (إنما يباح للفقير حملا له على رفعها) أي لكونه حاملا وباعثاً على رفعها أي على رفع اللقطة (صيانة لها) أي حفظاً للقطة ، يعني حفظاً لها عن الضياع (والغني يشاركه فيه) أي يشارك الفقير في الإنتفاع بها ، حاصله أن أصل الانتفاع باللقطة للفقير بعد التعريف لا للتصدق فيصير ذلك سبباً للالتقاط ، فيصير المال محفوظاً على المالك ، فإنة متى علم انه يحل له الانتفاع به بعد التعريف يرغب في الالتقاط والغني يشارك الفقير في هذا المعنى ، فيشاركه في الانتفاع .

(ولنا انه) أي ان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المال (مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص) الحربة للتعرض لملك مال الغير فلا يباح ، قال الله

والاباحة للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما رواه على الأصـــل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف، والفقير قـــد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها، وانتفاع أبي كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه .

تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ .

(والإباحة للفقير لما رويناه) وهو قوله عليه السلام فليصدق بـــه فعلم أن الإباحة بطريق التصدق (أو بالاجماع) على جواز تعادل الصدقة للفقير دون الغني (فيبقى مـا رواه على الأصل) أي بقي ما رواه جواز الإنتفاع الفقير على الأصل وهو حرمة الإنتفاع بمال الغير بغير إذنه (والغني محمول على الأخذ) هذا جواب عما قـــال الشافعي يجوز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملا على رفع اللقطة وصيانتها لأنـــه إذا عرف ان اللقطة يجوز له الانتفاع بها بعد التعريف يرفعها رجاء أن يؤول إليـــه، وتقرير الجواب أن الغني محمول على الأخذ ، يعني كونه حاملا لرفعها (لاحتمال افتقاره في مـدة التعريف) يعني يحتمل أن يكون فقيراً في مدة التعريف .

(والفقير قد يتوانى) أي قد يتكاسل في الأخذ (لاحتمال استغنائه فيها) أي في مدة التعريف ، فيكون الحاصل في كل منهما رفع اللقطة والجاحد اليها ، وكذلك في كل منهما مال عدم رفعها، الا ان الحامل في المعنى لا يوجب الانتفاع بها بخلاف الفقير ويطوف الاحتمال في المال لا يؤثر في الحال .

فإن قلت في صحيح البخاري عن زيد بن خالد الجهني ، فان جاء صاحبها والافشأنك فدل على الانتفاع للملتقط غنياً كان أو فقيراً ، قلت معنى شأنك الزم شأنك بها في الحفظ لصاحبها (وانتفاع أبي كان باذن الامام) هذا جواب عن استدلال الشافعي بحديث أبي ابن كعب رضي الله عنه بيانه ان انتفاع ابي بن كعب رضي الله عنـــه كان بإذن الإمام تخصيصاً لـــه ، كمـا في شهادة خزيمة رضي الله عنـــه (وهو جائز باذنـــه) أي الإنتفاع باللقطه بعد مدة التعريف جائز للغني باذن الإمام على وجه يكون قرضاً .

وهذا الجواب الذي أجاب به المصنف عن حديث ابي بن كعب رضي الله عنه إنمـــا

يمشي على كون ابي غنياً ، لانه قال فيما مضى وكان من المياسير ، وقد قلنا فيما مضى انـه كان فقيراً او بين ذلك قال الأترازي في جوابه من حديث ابي قال اصحابنا انه كان فقيراً وذكـر حديث ابي طلحة ،وقد ذكرناه ، فان قلت قال الترمذي عقيب حديث ابي رضي الله عنه والعمل عليه عند اهل العلم ، وهو قول الشافعي واحمد واسحاق ، قالوا لصاحب اللقطة ان ينتفع بها اذا كان غنياً ، ولو كانت اللقطة لا تحل الا لمن تحل له الصدقة لم يحل لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه ، وقد أمر رسول الله ﷺ باكل الدينـار حين وجده ، ومن لم يعرفه .

قلت أجيب عن هذا بما اجيب عن حديث ابي رضي الله عنه فرواه ابو داود في سننه عن سهل بن سعد أن علي بن ابي طالب دخل على فاطمة وحسين رضي الله عنهما وهما يبكيان، فقال ما يبكيكما قالا الجوع ، فخرج علي رضي الله عنه فوجد ديناراً بالسوق فجاء فاطمة فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقاً ، فجاء اليهودي واشترى به دقيقاً فقال اليهودي انت حسن هذا الذي يزعم انه رسول الله قال نعم قال فخذ ثم جاء فاطمة رضي الله عنها فاخبرها ، فقالت اذهب به إلى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحماً فذهب فرهن الدينار بدرهم فطبخت وخبزت وأرسلت الى أبيها ، فجاء فقالت يا رسول الله اذكر لك فان رابعة حلالا أكلناه من شأنه كذا وكذا ، فقال كلوا بسم الله فأكلوا مكانهم اذا غلام ينشد الله والإسلام الدينار ،فأمر النبي ﷺ فدعى فسأله فقال فسقط مني في السوق،فقال النبي ﷺ يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله ﷺ أرسل الي بالدينار،ودرهمك علي فأرسل به فدفعه النبي ﷺ اليه ... انتهى .

واستشكل هذا من جهة ان علياً رضي الله عنه انفق الدينار قبل التعريف ، وأجاب المنذري بأن مراجعته علي رضي الله عنه رسول الله ﷺ على ملأ الخلق اعلان به ، ثم قال بهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة واحدة ، قلت هـذا رواه عبد الرزاق عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال ان علياً بن ابي طالب رضي الله عنه وجـد ديناراً في السوق فأتى النبي ﷺ فقال عرفه ثلاثة ايام قال فعرفه ثلاثة ايام فلم يجد من يعرف ، فرجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال شأنك... الحديث .

وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره ، وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته ، وإن كان هو غنياً لما ذكرنا ، والله أعلم .

(وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لمـــا فيه) أي من الانتفاع (من تحقيق النظر من الجانبين) جانب الملتقط بالانتفاع ، وجانب المالك بحصول الثواب له .

(ولهذا) أي ولكون النظر فيه من الجانبين (جاز الدفع) أي دفع اللقيط (إلى فقير غيره) من الفقراء أو هو وسائر الفقراء سواء في الفقر ، فجاز الانتفاع له أيضاً،(وكذا) أي وكذا يجوز (إذا كان الفقير أباه) أي أب الملتقط (أو ابنه أو زوجتـه ، **وإن كان هو)أي الملتقط (غنياً)وصرفها إلى هؤلاء،وكلمة إن واصلة لما قبلها** (لما ذكرنا)أي لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولو التقط العبد شيئـــاً بغير إذن مولاه يجوز عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول فإذا أتوه طولب ربه وبقضاء الدين أو البيع فيـه سواء أتوه قبل التعريف أو بعده ، وبه قال أحمد والشافعي في وجه لأنه ضمان خيانـــة فتعلق برقبته ، ويظهر في حق المولى، وعند مالك إن أتلفه قبل التعريف يؤمر الولي بالدفع أو القدر وإن أتلف بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق،لأن الشرع أذن له في الانتفاع فكانا ضمان بحصته فلا يظهر في حق المولى .

* * *

كتاب الاباق

الآبق أخـــذه أفضل في حق من يقوى عليه لما فيه من إحيائه ، وأما الضال فقد قيل كذلك ، وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ، ثم أخذ الآبق

(كتاب الإباق)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الآبق وهو الحرب من أبق من باب ضرب يضرب ، وفي المبسوط الإباق التمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ، ورواة الأعراق يطهر العبد عن نفسه فراراً ليصير ماله ضمان أو رده إلى مولاه إحسان ، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان .

والآبق هو الذي يهرب عن مولاه قصداً ، والضال هو الذي ضل الطريق إلى منزله ، وفي النهاية هذا الكسب أعني اللقيط واللقطة والإباق والعتق ركيت يجانس بعضها بعضاً من حيث ان في كل منهما عرضة الزوال والهلاك .

(الآبق) على وزن فـاعل مرفوع بالإبتداء ، وقوله (أخذه) مبتدأ **ثان وخبره هو** قوله (أفضل) والجملة خبر المبتدأ الأول (في حق من يقوى عليه) أي من يعذر على أخذه أولا نعلم خلاف بين أهل العلم (لما فيه) أي لما في أخذه (من إحيائه) لأنه هالك في حق المولى ، فيكون الرد حياته .

(وأما الضال فقد قيل كذلك) أي حكم الآبق أخذه أفضل ، لما فيه من إحياء النفس ومن التعاون على البر كالآبق (وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانـــه) يعني الضال يطلب مالكه فلا يبرح عن مكانه (فيجده المالك ولا كذلك الآبق) بخلاف الآبق لأنـه يخفي عن مولاه ، وإذا لم يؤخذ يضيع حقه (ثم أخذ الآبق) الأخذ على صيغـــة اسم

يأتي به إلى السلطان ، لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ، ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه ، ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً بخلاف الضال ، وقال ومن رد آبقاً عن مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً

الفاعل (يأتي به) أي بالآبق (إلى السلطان) او نائبه القاضي (لأنه) أي لأن آخذه (لا يقدر على حفظه) أي حفظ الآبق (بنفسه) لتمرده وعجز أخذه ، ثم هذا الذي ذكر في الاتيان بالعبد الآبق إلى السلطان اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وأما اختيار شمس الأئمة الحلواني فالآخذ بالخيار إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام .

وكذلك الضال والضالة الواحد فيهما بالخيار كذا في الذخيرة (بخلاف اللقطة) حيث لا يرفعه إلى السلطان لأنه قادر على حفظها بنفسه (ثم اذا رفع الآبق اليه) اي إلى السلطان (يحبسه ، ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً) فيكون تركه حبسه تعريضاً على الإباق (بخلاف الضال) لأن الظاهر أنه لا يروح إذا لم يحبس .

وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا أتى الرجل بالعبد فأخذه السلطان فحبسه فادعاه رجل وأقام البينة انه عبده قال يستحلفه ما بعته ولا رهنته ، ثم يدفعه إليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا ، وإن أخذ منه القاضي كفيلا لم يكن ليأخذه ولكن لا يأخذه أحب إلي ، قال الحاكم هذه رواية أبي حفص ورأيت في بعض روايات سليمان قال أحب إلي أن يأخذ منه كفيلا ، وإن لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك وإن لم يكن للمدعي بينة ، وأقر العبد انه عبده قال يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلا ، وإن لم يجيء للعبد طالب قال اذا طال ذلك باعه الإمام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة بأن العبد عبده فيدفع الثمن ولا ينقض بيع الامام ، وينفق على الامام في مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذ من صاحبه إن حضر ومن ثمنه إن باعه .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن رد آبقاً عن مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً

فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانـــه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال .

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب أربعين درهماً ومنهم من أوجب ما دونها

فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك) أي من مسيرة السفر (فبحسابه) أي فبحسب الجعل بحساب ما دون السفر ، والجعل بالضم ما يجعل للعامل على عمله .

(وهذا استحسان) أي وجوب الجعل استحسان المشايخ لاتفاق الصحابة على ذلك (والقياس أن لا يكون له) أي للمسير (شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي) وبه قال ابن المنذر وبعض أصحاب أحمد ، وهو قول ابراهيم النخعي أيضاً ، ولكن مـا أنفق عليه ويجب بالشرط ،بأن قال من رد عبدي علي فله كذا (لأنه) أي لأن المراد (متبرع بمنافعه) في رده (فأشبه العبد الضال) .

حيث لا يجب شيء فيه ، ولو تبرع عليه يعني من أعيان ماله فلا يرجع عليه ،فكذا اذا تبرع بمنافعـه ، ولا يستوجب الآبق نهى له عن المنكر ، والنهي عن المنكر فرض ، فإذاً لا يستوجب فاعل الفرض جعلا .

(ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، الا أن منهم من أوجب اربعين درهماً ، ومنهم من أوجب مـــا دونها) أي مـا دون الأربعين ، فمن الصحابة الذين أوجبوا الأربعين درهما عن عمر رضي الله عنـــه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهماً ، ومنهم معاويـــة رضي الله عنه ، رواه ابن أبي شيبة أيضاً ، حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي إسحاق قال أعطيت الجعل في زمن معاوية رضي الله عنه أربعين درهماً ، ومنهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عن عبد الله بن رباح عن أبي عمرو

فأوجبنا الأربعـــين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه ، توفيقاً وتلفيقـاً بينهما ، ولأنـ إيجاب الجعل أصله حامـل على الرد ، إذ الحسبة نادرة فتحصل

السبابي رضي الله عنه قال أصبت علماءنا قالا بألفين وذكرت ذلك لابن مسعود رضي الله عنه فقال الأجر والغنيمة قلت ما الغنيمة قال أربعون درهماً في كل رأس .

ومن الصحابة الذين أوجبوا أقل من أربعين درهماً عن ابي طالب رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن يزيد ويزيد بن هارون عن حجاج عن كمصى عن الشعبي عن الحارث عن علي رضي الله عنه أنه جعل في بعض الآبق ديناراً أو اثني عشر درهماً ، وفيه حديث مرفوع ومرسل أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيها عن عمرو بن دينار أن رسول الله ﷺ قضى في العبد الآبق يوجد خارج الحرم بدينـــار أو عشرة دراهم .

(فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها) أي أوجبنا ما دون الأربعين (فيما دونه) أي فيما دون السفر (توفيقاً) بين الآثار المذكورة (وتلفيقاً بينهما) أي جمعاً بين الروايات المتعارضة ، والتلفيق بالضم يقال لفقت الثوب ألفقته وهو أن يضم شقة إلى أخرى كذا في الصحاح ، فـــإن قلت كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير يتضمنه قلت لم يؤخذ بالأقل لإمكان التوفيق بين أقاويلهم وأشار إليـــه المصنف بقوله فأوجبنا الأربعين إلى آخره .

وعن أحمد إن رده من المصر فله عشرة دراهم أو دينار ، وإن رده من خارج المصر سواء كان مرة السفر أو لا فله أربعون ، وقال مالك له أجر مثله في قدر تعبه وسفره ، وتكلف طلبه ممن شأنه وعادته طلب الإباق ، وإن لم يكن ممن نصب نفسه كذلك فله نفقته عليه ، لأنه اختلف فيه الصحابة فيه علم أنه غير مقدر بشيء معين فيجب أجر المثل (ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد) هذا دليل عقلي لوجوب الجعل بيانه ان الأصل في إيجـــاب الجعل هو أنه يحمل على رد الآبق .

(إذ الحسبة) أي العمل فيه لأجل اعتقاد الأجر (نادرة) فإذا كان كذلك (فتحصل)

صيانة أموال الناس ، والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع، ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما ،

لوجوب الجعل (صيانة أموال الناس) من الضياع فيرغب كل واحد عن تحصيل الآبق ليرده إلى صاحبه ، فيأخذ الجعل ، والرد يحتاج إلى عناء فقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ، ففى إيجاب الجعل يحصل صيانة الأموال (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الشافعي الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل أي تقدير الجعل في الآبق بدليل سمعي أو هو إجماع الصحابة الذي ورد في حكم الآبق من وجوب الجعل على حسب الاختلاف في كمية المقدار فيه ، ولا اختلاف في أصل الوجوب لأنه وقع مجمعاً عليه من غير تكبر منهم .

(ولا سمع في الضال) أي لا يرد شيء في وجوب شيء في رد الضال (فامتنع) قياس الآبق على الضال ، وكان القياس في رد الآبق عدم الوجوب أيضاً ، إلا أنا تركنا القياس فيه لوجود السمع ، ولا سمع في الضال ، فبقي على أصل القياس (ولأن الحاجة) إشارة إلى إلحاق الآبق بالضالة بيانه أن الحاجة (إلى صيانة الضال دونها) أي دون الحاجة (إلى صيانة الآبق لأنه) أي لأن الضال (لا يتوارى) أي لا يختفي (والآبق يختفي) لانه هارب ، والهارب يخفي لنفسه .

(ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بأن عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهماً ، وثلاثة دراهم ، ورد هذا قول من قال إن قوله رضخ إلى آخره تكرار لما ذكره قبله ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بيانه أن هذه الأوجه الثلاثة أعني قوله واضح إلى قوله وإن كانت تفصيلة لما ذكره أولاً ، فإن التقدير الشرعي إذا ثبت على خلاف القياس يمنع أن يكون لما دون القدر حكم القدر فقال لأجل ذلك ويقدر الرضخ بالمعجمتين من قولهم ، وأرضخ فلان بفلان ماله إذا أعطاه قليلا من كثير ، والاسم الرضيخة يقال أعطاه رضيخة من ماله ورضاخة كذا ذكره ابن دريد .

(في الرد عما دون السفر باصطلاحهما) أي باصطلاح المراد المالك يجب ما يقع عليه

أو يفوض إلى رأي القاضي ، وقيل يقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر . قال وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهماً ، قال رضي الله عنه وهـــذا قول محمد ، وقال أبو يوسف له أربعون درهماً لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ، ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل ، لأنه حط منه . ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص درهم

اتفاقهما ، وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي أشرنا إليها (أو يفوض إلى رأي القاضي) هذا هو الوجه الثاني أو يفوض أمر الرضخ إلى رأي القاضي على حسب ما يدار ، قالوا هذا هو الأشبه بالاعتبار (وقيل يقسم الأربعون)هـــذا هو الوجه الثالث أي يقسم الأربعون التي هي الجعل (على الأيام الثلاثة) فيجب بإزاء لكل يوم ثلاثة عشر درهماً وثلث درهم (إذ هي) أي الأيام الثلاثة (أقل مدة السفر) في القصر في الصلاة وغيرها ، وفي فتاوى الولوالجي وإذا كان العبد الآبق بين رجلين أو ثلاثــة فالجعل عليها على قدر الأنصباء لأن منفعة الرد حصلت لها ثلاثاً ، فكذلك الجعل عليها يكون ، وفي الذخيرة ولو كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي الجعل كله أو لا يكون معتبراً في نصيب الغائب بل يرجع عليه . (قال) أي القدوري «رح» (وإن كانت قيمته) أي قيمة الآبق (أقل من أربعين يقضى له) أي للراد (بقيمته) أي بقيمة العبد الآبق (إلا درهماً) ينقص من الأربعين لأن ما دون الدرهم كسور ، ولا يجوز اعتباره شرعاً للنص (قال) أي المصنف (وهـــذا قول محمد ، وقال أبو يوسف له أربعون درهماً) وبه قال أحمد (لأن التقدير بهـــا) أي بالأربعين (ثبت بالنص) أي بالأثر (فلا ينقص عنها) أي من الأربعين (ولهـــذا) أي ولكون الأربعين منصوصاً عليها (لا يجوز الصلح على الزيادة) أي على الأربعين يعني إذا صالح المالك مع الراد على أكثر من الأربعين درهماً لا يجوز الصلح لتعين الأربعين بالنص (بخلاف الصلح على الأقل) حيث يجوز (لأنه حط منه) أي من الأربعين (ولمحمد أن المقصود) يعني من الجعل (حمل الغير على الرد) أي رد الآبق (ليحيى مال المالك) لأن الآبق كالهالك (فينقص درهم

ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة وأما أم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى ، لما فيه من إحياء ملكه ، ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ، ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله

ليسلم له شيء) من مالية العبد (تحقيقاً للفائدة) وهي حياة مال المالك نظراً له ، ولا نظر في إيجاب أربعين كلها في رد ما يساوي أربعين. ثم اعلم أن قول أبي يوسف كان أولاً مثل قول محمد ، وهذا لم يذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه أو شمس الأئمة البيهقي في الشامل ، وكذلك في عامة نسخ الفقه ، ولم يذكروا قول أبي حنيفة ، وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد ، فقال لو كان العبد يساوي أربعين أو دونها فإنه ينقص من قيمته درهم واحد عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف « ر ح » أولاً ثم رجع وقال يجب الجعل درهماً وإن كانت قيمته درهماً (وأما أم الولد والمدبر في هذا) أي في وجوب الجعل (بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى) لأنهما مملوكان له ، ولهذا هو أحق بكسبهما ، وهما بمنزلة القن ، ووجب الجعل لاحياء ما بينهما بالرد ، وتعليل المصنف بقوله (لما فيه من إحياء ملكه) أولى بتعليل غيره لما فيه إحياء المالية ، لأن ام الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة.

وقال الكاكي فإن قيل الجعل يجب لإحياء المالكية ، ولا مالية لأم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة ، قلنا المالك أحق بكسبها ، ولها مالية باعتبار كسبها ، وقد أحياها بالرد اليه فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب ، فإنه أحق بمكاسبه فلا يكون رده إحياء لمالية المولى باعتبار الرقبة ، ولا باعتبار المكسبة كذا في المبسوط .

(ولو رد بعد مماته) أي لو رد أم الولد والمدبر بعد موت المولى (لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت) أي بموت المولى (بخلاف القن) حيث يجب الجعل برده بعد موت مولاه ، وقوله يعتقان بموته ظاهر في حق أم الولد ، وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه ، أما الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لأن السعي كالمكاتب عنده ، وهو مديون عندهما ، ولا جعل لرد المكاتب أو الحر (ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه) أو ابن المولى (وهو) أي والحال أن الراد (في عيال الأب)

أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل ، لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب. قال وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه لانه أمانة في يده ، لكن هذا إذا أشهد وقــد ذكرناه في اللقطة قال وذكر في بعض النسخ أنـه لا شيء له وهو صحيح أيضاً لانه في معنى البائع من المالك ،

قيد به إذا لم يكن في عياله يجب الجعل ، وحمله ذلك أن الراد إذا كان في عيالــه مالك العبد أي في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان الراد أبا المالك أو ابناً له .

وأما إذا لم يكن في عياله لا جعل له سواء كان الرد فعل التفضيل إن كان الراد ابن المالك فليس له جعل وإن كان أباه فله الجعل إليه المشار في الذخيرة. وفي شرح الطحاوي ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فإنه ينظر إن وجد الرجل عبد أبيه ، فلا جعل له سواء كان في عياله أو لم يكن ، وكذا المرأة والزوج ، وإن وجد الأب عند ابيه إن لم يكن في عياله فله الجعل ، وإن كان في عياله فلا جعل له ، وكذلك الأخ وسائر ذوي الأرحام إذا وجد عبد أخيه ان كان في عياله ، فلاجعل له ، وان لم يكن في عياله فله الجعل . (أو احد الزوجين على الآخر) أي ورد الآبق احــد الزوجين على الآخر (**فلا جعل**) **لهؤلاء** (**لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب**) **أي** القدوري ، وأراد بإطلاق ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام ، فصاعداً فله عليه جعل اربعون درهماً .

(قال) اي القدورى « رح » (وان أبق) أى العبد (من الذي رده فلا شيء عليه) اى لا ضمان عليه (لانه امانة في يده ، لكن هذا) اى عدم وجوب الضمان (إذا أشهد) عند الأخذ (وقد ذكرناه في اللقطة) اى وقد ذكرناه في كتاب اللقطة ان الأخذ على هذا الوجه ما دون فيه شرعاً (قال) أى المصنف :

(وذكر في بعض النسخ) المختصر القدورى (انه لا شيء له) اى لاجل الراد إذا ابق الآبق منه (وهو صحيح ايضاً لانه) أي لان الراد (في معنى البائع من المالك) لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما سيعيدها المولى والرد بما يجب عليه ، والبائع إذا هلك

ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وكذلك إذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا. قال ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً بالاعتاق كما في العبد المشترى، وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له، والرد وإن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه،

في يده المبيع سقط الثمن، فكذلك هنا سقط الجعل ثم استوضح المصنف ذلك بقوله (ولهذا كان له) اى للراد (ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل) اى حتى يأخذ الجعل، وهذا (بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن) اى يأخذ جميع الثمن.

(وكذلك إذا مات) أي الآبق (في يده) أي في يد الراد (لا شيء عليه) أي لا ضمان عليه (لما قلنا) أنه أمانة عنده (قال ولو أعتقه المولى كما لقيه) أي أعتقه قبل أن يقبضه وقت لقائه (صار قابضاً بالإعتاق) فيجب عليه الجعل، وأشار بقوله بالإعتاق إلى انه لو دبره فكان الاعتاق لم يصر قابضاً، والفرق بينهما ان الاعتاق إتلاف لما فيه فيصير به قابضاً بالإعتاق، وأما التدبير فليس بإتلاف المال، فلا يصير به المولى قابضاً إلا أن يصل إلى يده (كما في العبد المشتري، وكذا إذا باعه) أي وكذا يصير قابضاً إذا باع العبد الآبق (من الراد لسلامة البدل له) وهو بالثمن لسلامة العين فيجب عليه الجعل.

(والرد وإن كان له حكم البيع) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله لأنه في معنى البائع من المالك، وهو أن يقال لما كان الراد في معنى البائع كان المالك في معنى المشتري، فعلى هذا ينبغي أن يجوز بيعه من الراد قبل القبض لورود النهي عن بيع المشتري قبل القبض، فأجاب بقوله والراد وإن كان له حكم البيع لكن ليس من كل وجه، وهو معنى قوله (لكنه بيع من وجه) عن إعادة ملك التصرف إليه، وهذا لأن ملك الرقبة ليس بزائل على المولى، فلما كان كذلك جاز بيع المالك من الدار قبل القبض لورود النهي عن بيع المشتري قبل القبض فأجاب بقوله والرد وإن كان له حكم البيع لكن ليس

فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز. قال وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده ، فالإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد، حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما، لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه ، وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو بهبة أو ورثه فرده على مولاه

من كل وجه ، وهو معنى قوله لكنه من وجه من حيث إعادة ملك التصرف إليه ، وهذا لأن ملك الرقبة ليس بزائل عن المولى .

فلما كان كذلك (فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز) أي البيع لأن النهي ورد مطلقاً ، والمطلق يتناول الكامل وامتناع جواز البيع قبل القبض ، وليس من خصائص البيع ، أي ليس من لوازمه لا محالة ، فإن بيع العقار قبل القبض جائز على قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

(قال) أي القدوري « رح » (وينبغي إذا أخذه) أي إذا أخذ الآبق (أن يشهد أنه يأخذه ليرده) هـذا كلام القدوري في مختصره ، وقال المصنف (فالاشهاد حتم) أي واجب (فيه) أي في الآبق (عليه) أي على الأخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لورده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما) .

وعند أبي يوسف والأئمة الثلاثة ليس الإشهاد بشرط ، وقد مر في اللقطة (لأن ترك الإشهاد أمارة) بفتح الهمزة أي علامة (أنه أخذه لنفسه فصار كما إذا اشتراه من الآخذ) إذا رده على مولاه لا جعل له لأنه أخذه لنفسه إلا إذا لم يشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه على صاحبه لأنه لا يقدر عليه إلا بشراء ، فله الجعل لأن هذا الشراء لا يعد ملكاً ، فكان الأخذ بدون الشراء ، وإن لم يشهد لا يستحق الجعل ، وإن شهد استحق ، فكذا هـذا (أو بهبة) أي قبل هبته إن وهبته الآخذ صورته وهبه أو الآخذ لرجل فرد الموهوب له على مولاه (أو ورثه فرده على مولاه) أي أو ورث الآبق من الآخذ فرده الوارث عن مولاه ، ففي هذه الصور كلها :

لا جعل له لأنه رده لنفسه إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل ، وهو متبرع في أداء الثمن ، فإن كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه أحيى ماليته بالرد ، وهي حقه إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابله إحياء المالية ، فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء ، لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه ؛

(لا جعل له لأنه رده لنفسه) لأنه لم يأخذه ليرده بل أخذه لنفسه ، مسألة الوصية ذكرها الحاكم ، وفي المبسوط عبد آبق فأخذه رجل فاشتراه منه رجل آخر فرده على مولاه فلا جعل له ، وكذا لو وهب له أو أوصى أو ورثه لأنه ضمنه بالأخذ على هذا الوجه فيكون رده لإسقاط الضمان .

(إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده) على مولاه ، لأنه لا يقدر على رده إلا بشراء (فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن) يعني لا يرجع على سيده قل أو كثر كما لو انفق عليه بغير أمر القاضي (فإن كان الآبق رهناً) فرده ، أخذه (فالجعل على المرتهن لأنه أحيى ماليته بالرد ، وهي حقه) أي مالية العبد حق المرتهن (إذ الاستيفاء منها) أي لأن الاستيفاء حقه من مالية العبد (والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه) أي فيكون الجعل على المرتهن .

وقال الأكمل والجعل بمقابلة إحياء المالية فيه نظر لأنه يلزمه إذا رد أم الولد ، وليس ثم حياء المالية عند أبي حنيفة واجب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ، ولها مالية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيى الراد ذلك برده .

(والرد في حياة الراهن وبعده سواء لأن الرهن لا يبطل بموت الراهن) فكان الرد بعد موته وقبله سواء (وهذا) أي كون الجعل على الرأس (إذا كانت قيمته) أي قيمة الآبق (مثل الدين ، أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه) أي فبقدر حصة الدين

والباقي على الراهن، لانه حقه بالقدر المضمون ، فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء . وإن كان مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين أن يبيع هذا بالجعل ، والباقي للغرماء ، ولأنه مؤنة الملك والملك منه كالموقوف فيجب على من يستقر له ، وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء كعود المنفعة إليه ، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم ،

على المرتهن (والباقي على الراهن لأن حقه) أي حق الرهن (بالقدر المضمون) لا غير فيجب عليه الجعل بقدره (وصار كثمن الدواء) حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر دينه والباقي على الراهن .

(وتخليصه) أى تخليص العبد المرهون (عن الجناية بالفداء) فإن البقاء يجب على المرتهن بقدر دينه وحصته مع على الراهن ، فكذلك الجعل (وإن كان) أى العبد الآبق مأذوناً (مديوناً فعلى المولى) أى فالجعل على المولى (إن اختار قضاء الدين) لأجل انتفاء العبد على ملكه .

(وإن بيع) أي العبد بالدين (أى هذا بالجعل) يعني يستوفي من الجعل أولاً (والباقي) من الثمن (للغرماء لأنه) أى لأن الجعل (مؤنة الملك والملك فيه) أى ملك المولى في العبد لحقوق الدين (كالموقوف) بين أن يسد على المولى متى اختار قضاء الدين ، وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع (فيجب على من يستقر له) أى فيجب الجعل على من يستقر له الملك ، فإن اختار المولى قضاء الدين استقر الملك له فيجب الجعل عليه، وإن بيع العبد المستقر الملك فيه للغرماء فيجب الجعل عليهم .

(وإن كان) أى الآبق (جانياً) بأن أخطأ (فعلى المولى) أى فالجعل على المولى (إن اختار الفداء كعود المنفعة إليه) اى منفعة للرد إلى المولى (وعلى الأولياء) أي والجعل على الأولياء (إن اختار) أي المولى (الدفع) أي دفع العبد (لعودها اليهم) أى إلى الأولياء لأن منفعة الرد سلمت لهم

وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له ، وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد ، وإن كان للصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه ، وإن رده وصيه فلا جعل له لأنه هو الذي يتولى الرد فيه .

(وإن كان موهوباً) أي وكان العبد الآبق موهوباً (فعلى الموهوب له) اى فالجعل على الموهوب له .

(وإن رجع الواهب في هبته) كلمة إن للوصل لما قبله (بعد الرد) اى بعد رد الآبق ، وإنما ذكر ان الواصلة لدفع شبهة ترد على قوله فيجب من يستقر له الملك وعلى قوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة إليه ، فعلى هذا ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لهذين المعنيين .

فأجاب بقوله (لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد) اى برد الآبق (بل بترك الموهوب له التصرف) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب من الرجوع في هبته وزوال الملك بالرجوع كزواله بموت العبد فلم يبطل الجعل عليه برجوع الواهب كما في الموت .

فإن قيل المنفعة حصلت للواهب بالرد وترك التصرف في الموهوب له فيه قلنا نعم، لكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجوداً ، فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف التصرف الى آخرهما وجوداً كذا هذا (فيه) اى في الآبق (بعد الرد) أى بعد رد الآبق من اباقه (وان كان) اى العبد الآبق (للصبي فالجعل يجب في ماله لأنه) اى لان الجعل (مؤنة ملكه) اي ملك الصبي .

(وان رده) أى الآبق (وصيه) اى وصي الصبي (فلا جعل له لانههو الذى يتولى الرد فيه) اى في الآبق اذ هو الطالب لآبق اليتيم عادة ، وشرعاً يتحقق الرد فيه على نفسه ، وكذا لو كان اليتيم في حجر رجل بقوله فيرده الرجل لا جعل له لأنه هو الطالب عادة ،

وكذا لا جعل للسلطان او الشحنة او الظفير لا جعل لهم في رد الآبق ، والمال من ايدى قطـــاع الطريق لوجوب الفعل عليهم كذا في المبسوط والذخيرة . وفي المحيط لو أخذ رجلا آبقاً فغصبه من الآخذ رجل وجاء الى مولاه واخذ جعله ثم جاء للآخر واقام بينة أنه أخذ من مسيرة سفر بأخذها لجعل من سيده ثانياً ويرجع السيد على الغاصب بمـــا وقع اليه ، ولو جاء رجل بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل مصر سيده هرب من الآخذفوجده آخر وجاء به إلى سيده فلا جعل لواحد منهما ، ولو خرج من المهر بعد الهرب وجاء بـــه الآخر مدة سفر فالجعل للثاني ،وذكر الحاكم في الكافي إذا أبقت الأمة ولها صبي موضعاً فردهما رجل كان له الجعل واحد ، فإن كان ابنها غلاماً قد قارب الحلم فله جعل ثمانون درهماً ، وعلل في الشامل وقال لأن من لم يراهق لم يقر آبق .

★ ★ ★

كتاب المفقود

إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه وليستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة ، وصار كالصبي والمجنون ،

(كتاب المفقود)

أي هذا كتاب في بيان أحكام المفقود ، ووجه مناسبة هذا الباب بالباب الذي قبله قد ذكرناه ، يقال فقدت الشيء أي غاب عني فقداً وفقوداً وفقداناً فهو مفقود أي غائب ، وهو من الأضداد ، أو يقال فقدت الشيء أي ضللته ، وفقدته أي بعد طلبه وكلا المعنيين موجود في المفقود وقد ضل عن أهله وهو في طلبه ، إذ هو اسم لحر غائب لم يرد موضعه ولا حياته ولا مماته وأهله في طلبه .

وفي المبسوط هو حي غائب عن بلده أو أستر وأهله في طلبه ، وقد انقطع خبره واستتر عليهم أثره ففي مستقره فبالحد قد يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد .

وفي ذكر المصنف في الكتاب ما ينفر مرامه الشرعي وهو قوله (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه) أي على حفظ ماله (ويستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة) أي الصفة المذكورة وهي قوله إذا غاب الرجل إلى آخره (وصار) أي المفقود (كالصبي والمجنون) حيث يحتاجان إلى من ينظر في أمرهما

وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له ، وقوله ليستوفي حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر بـه غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ، ويخاصم في دين وجب بعقده لانـــه أصيل في حقوقه ، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ، ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهـة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، ان الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين ،

أي (وفي نصب) القاضي (الحافظ) المقصود (والقائم عليه) أي على مال المفقود (نظر له) أي للمفقود وارتفاع نظر إلى أنه مبتدأ وله خبره .

(وقوله) أي قول القدوري « رح » (ليستوفي حقه) وهذا من لفظه في مختصره أي مستوفى الذي نصب له لحفظ ماله ، والقيام عليه حق المفقود ، ولما كان هذا محتاجاً إلى إيضاحه أوضحه المصنف بقوله (لاخفاء أنه يقبض جميع غلاته) لأنها من جملة حقه (والدين) أي ويقبض الدين (الذي أقر به غريم من غرمائه) أي من غرمـــاء المفقود (لأنه) أي لأن قبض كل واحد من غرمائه والدين المذكور (من باب الحفظ ويخاصم) أي الذي نصب له (في دين وجب بعقده) أي يعقد الذي له (لأنه) أي لأن الذي نصب له (أصيل في حقوقه) أى في حقوق العقد الذي مولاه المفقود ، وفائدته أن لا يقبل البينة عليه لأنه ليس من باب النظر للمفقود ، وأنه قضاء على الغائب ولا في نصب له .

(ولا يخاصم في الذى تولاه المفقود ولا في نصيب له) في نصيب للمفقود كائناً (في عقار أو عروض في يد رجل لأنه) أي لأن الذى نصب (ليس بمالك ولا نائب عنه) أى عن المفقود (إنما هو وكيل بالقبض من جهـة القاضي ، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهـة المالك في الدين) يعني الوكيل يقبض الدين من جهـة المالك ويملك الخصومة عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به ، لانه مجتهد فيه ، ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته فينظر لـــه بحفظ المعنى ولا يبيـع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقته ولا في غيرها لأنه

(وإذا كان كذلك) أى وإذا كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة (فيضمن الحكم به) أى حكم القاضي بثبوت ذلك (قضاء على الغائب وانه) أى وأن قضاء القبض على الغائب (لا يجوز إلا إذا رآه القاضي) إلا إذا رأى القاضي ذلـك مصلحة (وقضى به) أى بما رآه جاز ذلك (لأنه مجتهد فيــه) أى في الحكم على الغائب ، وعند الشافعي يجوز لأن القضاء إذا لاقى فضلاً مجتهداً فيه بعد ، وفى الخلاصة ذكر الإمام السرخسي هذا بناء على أن القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلا على الغائب ، فعندنا لا وهي معروفة ، أما لو فعل وقضى على الغائب فقد جاز بالإجماع .

وهكذا ذكر في الزيادات ، فـــإن قيل المجتهد نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر ، قلنا لا بل المجتهد سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا ، فإذا رآها القاضي وقضى بها بقذف كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف ثم قال في الخلاصة والفتوى على هذا ، ونقل الاستروشي في فصوله عن فتاوى ظهير الدين أن نفس القضاء مختلف فيـــه فيتوقف على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في القذف (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) مثل الثمار ونحوها (يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه) أى على القاضي (حفظ صورته) ومعناه وهو ما ينساه أراد أن حفظ صورته وحفظ ماله كليهما متعذر (فينظر له) أى للمفقود (بحفظ المعنى) وهو الماليـــة وهي تبقى بحفظ الثمن والحفظ من وجه أولى من ترك الحفظ من كل وجه .

(ولا يبيـع) أى القاضي (ما لا يخـــاف عليه الفساد في نفقته) أى لأجل نفقته ، وهو يتعلق بقوله ولا يبيـع (ولا في غيرها) أى ولا في غير النفقة مالا يخاف عليه الفساد، وسواء كان منقولاً أو عقاراً وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه (لأنه) أى لان القاضي

لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله ، فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن . قال وينفق على زوجته وأولاده من ماله ، وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد ؛ والاصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته ، لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع ،

(لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له) أى فلا يجوز له (ترك حفظ الصورة، وهو ممكن) الواو فيه للحال قيد بالإمكان لأن عند عدمه له ان يبيعه (قال) أى القدوري « رح » (وينفق على زوجته) أي زوجه المفقود . (وأولاده من ماله) أي من مال المفقود أي هذا لفظ القدوري « رح » (وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم) أي الحكم (جميع قرابة الولاد) كالآباء والأجداد وإن علوا والأولاد وإن سفلوا والجدات وإن علون .

(والأصل) أى في هذا الباب الذى يبنى عليه أحكام هذا الباب (أن كل من يستحق النفقة في ماله) اى مال المفقود (حال حضرته بغير قضاء القاضي) كالأبوين والأولاد الصغار ذكوراً كانوا او إناثاً ، والاولاد الكبار من النساء ، والزمن الذكور الكبار (ينفق) اى القاضي (عليه) اى على من يستحق النفقة (من ماله عند غيبته ، لان القضاء حينئذ) اى حين إنفاق القاضي عليهم (يكون إعانة) أى تمكيناً للمستحق من الاخذ، ولهذا لو تمكنوا من ذلك لهم الاخذ فيعينهم القاضي على ذلك إلزاماً إذ اللزوم ثابت قبل القضاء ، ولان للقاضي إن يعين صاحب الحق على إيفاء حقه حال غيبته كما لو علم بوجوب الدين فإنه يعطيه الدين من مال الغائب .

(وكل من لا يستحقها) اى النفقة (في حضرته) أى في حضرة المفقود (إلا بالقضاء) كما الاخ والاخت والخال والخالة (لا ينفق عليه من ماله) اى لا ينفق القاضي عليه من مال المفقود (في غيبته حينئذ تجب بالقضاء ، والقضاء على الغائب ممتنع) خلافاً للشافعي.

فمن الاول الأولاد الصغار والإناث من الكبـــار والزمنى من الذكور الكبار ، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة ، وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي

(فمن الاول) أى فمن يستحق النفقة بغير قضاء القاضي (الاولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى الذكور الكبار ومن الثاني) أى وممن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي (الاخ والاخت والخال والخالة) والعم والعمة ، وإنما كان هذا من الثاني لانهـــا نفقة ذى الرحم المحرم وهي مجتهد فيهـــا ، فلا يجب إلا بالقضاء والرضاء ولهــذا لم يكن لهم الاخــذ بدون القضاء ، والعرف بين قرابة الاولاد وغيرهم من سائر المحارم وحيث استحق الاولون النفقة بلا قضاء ولم يستحق الآخرون إلا بالقضاء إن حق ولاية الاولاد في النفقة الدين من حق غيرهم ، لانهم يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة للنكاح وبالولاد وغيرهم بالقرابة المحرمة لا بالولاد .

فلما ظهرهم فصل مرية ثبت استحقاق النفقة بلا قضاء بخلاف قرابة الاخوة والاخوات وسائر المحارم . وممن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي الاخ والاخت والخـــال والخالة والعم والعمة ، واما الزوجة فحقها في النفقة آكد أيضاً من قرابة الولاد ، ولهذا يستحق النفقـــة وان كانت غيبته ، وإن كان الورثـة كباراً ليس لهم زمانة ولا فيهم امرأة ، وكانوا إخوة من الرضاع أو بني عم لم ينفق عليهم القاضي من مال المفقود لانهم لا يستحقون النفقة حال حضرة المفقود .

وكذا حال غيبته ، وقال خواهر زاده في مبسوطه وان استوثق منهم بكفيل فحسن لجواز أنهم أخذوا نفقة هذه المدة من المفقود ، ومرة فيأخذ منهم كفيلا حتى إذا حضر المفقود وأثبت أنه دفع اليهم نفقة هذه المدة مرة وان لم يقدر عليهم اخذ من الكفيل وان شاء ضمنهم .

(وقوله) اى وقول القدورى « رح » (من ماله) يعني في قوله وينفق على زوجته وأولاده من ماله (مراده) اى القدورى « رح » (الدراهم والدنانير ، لان حقهم) أى حق قرابة الولاد والزوجـــة (في المطعوم والملبوس) لا في غيرهـــا (فإذا لم يكن ذلك) أي المطعوم والملبوس (في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي)

النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب ، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار ، وإن كان أحدهما ظاهراً يشترط الإقرار بما ليس بظاهر ،

اى القيمة (النقدان) وهما الدراهم والدنانير وكانت من جنس حقهم (والتبر) وهو ما كان غير مضروب من الفضة والذهب كما قاله في المغرب (بمنزلتهما) أى بمنزلة النقدين (في هذا الحكم) أى في القضاء بالقيمة (لانه يصلح قيمة كالمضروب) اى كالدراهم والدنانير فلهم اخذ جنس حقهم ، وللقاضي إعانته في ذلك . (وهذا) اى هذا الذى ذكرناه من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير (إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة) عند رجل (أو ديناً ينفق) أي القاضي (عليهم منها) اى من الوديعة والدين (اذا كان المودع) بفتح الدال (والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح) بين المفقود دون وجه (والنسب) بينه وبين من يستحق عليه النفقة (وهذا) اى الاحتياج الى الاقرار انما هو (اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي) اى الدين والوديعة والنكاح وبعد النسب جعل الدين والوديعة شيئاً واحداً والنكاح والنسب كذلك ، فكذلك ذكرهما بلفظ التثنية بدليل قوله بعد (وان كانا ظاهرين) اى الوديعة والدين والنكاح والنسب ظاهرين عند القاضي (فلا حاجة الى الإقرار) أى اقرار المودع أو المديون .

(واذا كان أحدهما ظاهراً) اى الشيئين اللذين احدهما الوديعة والدين وقد ذكرناه أنه جعلها واحدا والآخر من الشيئين هو قوله او النكاح والكسب ، أى او كان الظاهر عند القاضي النكاح والكسب (يشترط الإقرار بما ليس بظاهر) مثلها ان لم تكن الزوجية ظاهرة عند القاضي يشترط اقرار المودع والمديون ، فإنه يقول هذه زوجة فلان المفقود أو يقول هذا ابن فلان المفقود .

وكذا اذا لم يكن الدين او الوديعة ظاهراً عند القاضي يقول من في يده المال هذه

هذا هو الصحيح . فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى إلى صاحب ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي ، لان القاضي نائب عنه . وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك ، لأن ما يدعيه للغائب

وديعة فلان المفقود او دين فلان المفقود ، وقال خواهر زاده في مبسوطه ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه إذا كان للمفقود ديناًووديعة ينفق أولاً من الوديعة او من الدين ثم قال وذكر في السير الكبير ينفق من الوديعة أولاً لأن النظر للغائب في هذا لأنه يعني أنفق أولاً من الدين ربما يهلك الوديعة في يد المودع في مدة الإنفاق .

فإذا حضر الغائب لا يلقى إلا الدين ولا الوديعة،والدين لا ينوى (هذا هو الصحيح) أي الإنفاق من الوديعة والدين على الزوجة وقرابة الولاد ، وهو الصحيح وهو وجه الاستحسان ، واحترز بقوله هو الصحيح عن وجه القياس وهو قول زفر لأنه قضاء على الغائب فلا يجوز.وجه الاستحسان أن الوديعة والدين مال المفقود وهو جنس حقهم،فكان للقاضي أن ينفق عليهم من ذلك كما ينفق من المال الذي في يده أو في بيته .

(فإن دفع المودع) بفتح الدال (بنفسه أو من عليه الدين) أي او أعطى من عليه الدين (بغير أمر القاضي فيضمن المودع ولا يبرأ المديون من دينه لأن ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه) أي عن المفقود .

(فإن كان المودع والمديون جاحدين أصلا) يعني منكرين بالكمية ولا يعتبران لا بالوديعة ولا بالدين ولا بالنكاح والنسب (او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك) لأن الخصومة اما دفع من المالك او نائب المالك ، ولم يوجد لا هذا ولا ذاك (لأن ما يدعيه) أي الأخذ من المتحققين (للغائب)

لم يتعين سبباً لثبوت حقه ، وهو النفقة لأنها كما تجب في هـذا المال تجب في مال آخر للمفقود . قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة

أي لأجله (لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة ، لأنها) اي لأن النفقة (كما تجب في هـــذا المال تجب في مـــال آخر للمفقود) **فلم يكن خصماً عن المفقود حكماً** ، وقال شيخي العلاء حاصله أن ما يدعيه الزوجة والأولاد ان هذا المال هو الدين اوالوديعة مال للغائب لم يتعين لنفقتهم لأنه كما تجري النفقة في الدين والوديعة يجري في مـــال آخر أيضاً للمفقود فلم ينتصب خصماً .

وقوله لم يتعين سبباً لثبوت حقه أي لم يتعين محلا لثبوت حق أخـــذ مستحق النفقة ، وإنما ذكر السبب مقام ذكر المحل لتناسبه بينهما ، لما ان السبب يعمل في المحل .

(قال) اي القدوري « رح » (ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت ، لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح .

حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن حمزة أن رجلا استهواه الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فأتت امرأته عمر رضي الله عنه فأمرها أن تتربص أربـع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها ان تعتد ، فإذا انقضت عدتهـــا تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق ، ورواه عبد الرزاق أيضاً في مصنفه وفي آخره فخير عمر رضي الله عنه بينها وبين الصداق الذي أصدقها ، ورواه من طريق آخر وفي آخره فقال له عمر رضي الله عنـــه إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها بل زوجين غيرها .

ثم جعل عمر رضي الله عنه يسأله عن الجن وهو يخبره قوله استهواه الجن ، قال الكاكي أى حرته الجن وتهمته قلت يقال استهواه أي جره إلى المهاوي وهي المساقط والمهالك .

وكفى به إماماً ، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعدما مضى مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين ، ولنا قوله ﷺ في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان

(وكفى به) أي بعمر رضي الله عنه (إماماً) أى من حيث الإمامية (ولأنه) أى ولأن المفقود (منع حقها) اى حق امرأته (بالغيبة فيفرق القاضي بينها بعدما مضى مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة) يعني يفرق بينه وبين امرأته كما يفرق بين العنين والمولى دفعاً للفرد عنها كيلا يبقى معلقه لا ذات بعل ولا مطلقة .

(وبعد هذا لاعتبار) اى بالإيلاء والعنة (أخذ) اى مالك (المقدار) اي المقدار الذى يفرق (منهما) اى بين الإيلاء والعنة (الاربع) اى احد الأربع (من الإيلاء) لأن مقداره أربع أشهر (والسنين) أى وأحد السنين (من العنة) لأن المقدار فيها سنة (عملاً بالشبهين) أى شبه الإيلاء وشبه العنة حاصله ان امرأة المفقود وشبهه امرأة المولى من حيث ان حقها في الجماع فات بالسفر كفوات حق امرأة المولى ، فالجماع بصفته وهو الإيلاء ، وتشبه امرأة العنين من حيث أن حقها في الجماع فات من جهة الزوج بسبب هو فيه معذور ، لان العنة مباح كما ان حق امرأة العنين فات في الجماع نفقة الزوج وهو فيها معذور فضربناها مدة الخلاص متصل إلى حقها في الجماع أربع سنين اعتباراً بالشبهين .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن سواد بن مصعب حدثنا محمد بن سرجان الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله ﷺ امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان ، ويروى حتى يأتيها الخبر ، وهذا حديث ضعيف .قال ابن أبي حاتم في كتابه سألت أبي عن حديث رواه قال أبي هذا حديث مناكير ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث يروي عن المغيرة مناكر وأباطيل ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة الدارقطني ، وعلله بمحمد بن شرحبيل وقال إنه متروك .

وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع ، ولأن النكاح عرف ثبوته ، والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال

وقال ابن القطان في كتابه سواء مصعب شرح المتروكين ودونه صالح بن مالك ، ولا يعرف ، ودونه محمد بن الفضل ولا يعرف حاله ، وقال الاترازي ولنا ما روى علماؤنا في المبسوط عن المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ انه قال في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان.. انتهى .

قلت كأنه يقف على رواية الدارقطني فلهذا نسب روايته إلى أصحابنا من غير إسناد، قلت الاول مسلم والثاني ممنوع على ما لا يخفى .

(وقول علي رضي الله عنه) مرفوع بالإبتداء أو خبره قوله خرج بياناً ، والجملة عطف على قوله ولنا قوله عليه السلام (فيها) أي في امرأة المفقود (هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت او طلاق) هذا رواه عبد الرزاق في مصنفة في كتاب الطلاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمي عن الحكم بن عيينة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق ، وأخبرها معمر بن أبي ليلى عن الحكم ان علياً قال فذكره سواء اخبرنا سفيان الثوري عن منصور بن المعتمر عن الحكم بن عيينة عن علي رضي الله عنه قال فتربص حتى تعلم أحي هو أم ميت . (خرج بياناً) خبر المبتدأ أعني قول علي رضي الله عنه كما ذكرنا ، اي خرج مظهراً (للبيان المذكور في المرفوع) أي لمعنى البيان المذكور في الحديث المرفوع ، وهو قوله عليه السلام في المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان ، لان قوله البيان مجمل في أن إتيان البيان من أي طريق يكون فبين علي رضي الله عنه ذلك المجمل بقوله حتى يتبين موت أو طلاق ، وفي هذا المكان تأمل لا يخفى .

(ولان النكاح عرف ثبوته) عمن يعرف المفقود وامرأته (والغيبة) أي غيبة المفقود (لا توجب الفرقة) كما في غيبة غير المفقود (والموت في حيز الاحتمال) أى في

فلا يزال النكاح بالشك ، وعمر رضي الله عنــــه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ، ولا معتبر بالايلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الأوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة .

جهة الاحتمال ، يقال هذا الكلام في حيز التواتر أي في جهته ومكانه وهو مجاز .

(فلا يزال النكاح) أي الذي بين المفقود وامرأته (بالشك) لأن الشك لا يزيل الثابت (وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه) هذا جواب عن استدلال مالك بقولــه **لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن ، ولم يبين وجه الرجوع .**

وقال الكاكي وذكر عبد الرحمن ابن أبي ليلى ان عمر رضي الله عنه رجع عن ثلاث قضيات إلى قول علي رضي الله عنه على أحدها مالة المفقود وغيرها مذكور في المبسوط ، وقال الاترازي فلما يثبت أن عمر رضي الله عنــه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ، كان ذلك إجماعاً على قول علي رضي الله عنه وفيه تأمل لا يخفى .

(ولا معتبر بالإيلاء) هذا جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الإيلاء بيانه مـا ذكره من قوله (لانه) أي لان الإيلاء (كان طلاقاً معجلا) في الإبتداء (فـــاعتبر في الشرع مؤجلا) أى طلاقاً مؤجلا (فكان) اي الطلاق (موجباً للفرقة) أي مزيلا لملك النكاح ، وليس كذلك امرأة المفقود لانه لم يوجد من الزوج طلاق أصلا لا طلاق معجل ولا مؤجل .

(ولا بالعنة) أي ولا معتبراً أيضاً بالعنة (لان الغيبة) وفي بعض النسخ لان الغربة (تعقب الاوبة) أى الرجوع إذ الظاهر حال الغائب أنه يؤدب (والعنة قلمـا تنحل بعد استمرارها سنة) اي بعد استحكامها سنة ، إيضاح ذلك انه ثبت في باب العنـــة حق الفرقة لفوات حق المرأة في الجماع على التأبيد ، لان امر العنة متردد بين أن يكون خلقة وبين ان يكون عارضاً ، فجعل الشارع العالم الفاضل بينهما مضى سنته لاشتمالهـــا على الفصول الاربعة المشتملة على الطبائع ، فإذا مضت منه ولم تزل العنة اعلم انها كانت خلقــة

قال وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته . قال وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة ، وقدره بعضهم بتسعين،

وما كان خلقة لا يزول أبداً ، وهو الظاهر . لا يزول غالباً بخلاف امرأة المفقود فإن حقها في الجماع لم يفت على التأبيد لانـــه يرجى بحيئه بعد أربع سنين كما قيل ذلك بعد القياس ، هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مبسوطه .

(قال) أي القدوري «رح» (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولـــد حكمنا بموته) اى إذا تم للمفقود من عمره مائة وعشرون ولدت أمه حكمنا بموته قبل هذا يرجع إلى اهل قول الطبائع والنجوم فإنهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة وقولهم باطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا لنوح وغيره عليهم السلام .

(قال) أى المصنف (وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران) كذا اعتبر محمد في الاصل ، ولم يذكر محمد انه يعتبر موت أقرانه من أهل بلده ، وقال خواهر زاده في مبسوطه قال بعضهم يعتبر أقرانه في السن في جميع البلدان لانـــه ذكر الاقران مطلق فيتناول أقرانه في السن في جميـــع البلدان لا بلده خاصة .

وقال بعضهم يعتبر أقرانه في السن من أهل بلده لان الأعمار تتفاوت وتختلف باختلاف الاقاليم والبلدان ، حتى قالوا الصقالبة أطول اعماراً من أهل الروم ، فإذا كان كذلك يعتبر اقرانه في السن من أهل بلده لا من جميع البلدان ، ثم قال خواهر زاده وهذا القول اصح وأرفق بالناس .

(وفي المروى عن ابي يوسف بمائة سنة) كـــذا في الشامل وشرح الطحاوى ، وفي رواية عنه بثمانية وخمسين سنة (وقدره بعضهم بتسعين) لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر ، وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى ، كذا قـــال في الخلاصة وقال المتأخرون من مشايخنا ستين سنة رفقاً بالناس ها هنا للحرج عنهم ، وفي فتاوى الولوالجي قال بعضهم هو

والأقيس أن لا يقـــدر بشيء ، والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عـدة الوفاة من ذلك الوقت ، وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأن مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي ، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة لا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده، لأن إبقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق .

مفوض إلى رأى القاضي ، يعني أى وقت رأى المصلحة حكم بموته .

(والاقيس ان لايقدر بشيء) الاقيس افعل التفضيل للمفضول كالأشهر في تفضيل المشهور، ولا تفضيل للمفعول إلا شاذاً كما في قولهم اشتعل من ذات الحتين كفى من المقادير المذكور كالمائة والتسعين ونحو ذلك ، بل يعتبر بموت الاقران لان حياة الإنسان بعد موت جميع اقرانه نادر ولا عبرة بالنادر .

(والارفق ان يقدر بتسعين) لان الحياة بعده نادر . وفي الكافي وعليه الفتوى (وإن حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت) اى من وقت الحكم بالموت (وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلـــك الوقت) أي وقت الحكم بالموت (كأنه) أي كأن المفقود (مـــات في ذلك الوقت معاينة) أي عيانـــاً (إذ الحكمي) أي الموت الحكمي (معتبر بالحقيقي) فلو ثبت موته حقيقة تعتد امرأته ، وقسم ماله بين ورثته ، فكذلك في الموت الحكمي (ومن مات قبل ذلك) اى من مـــات من ورثة المفقود (لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها) أى في مدة الفقد (فصار كما إذا كانت حياته معلومة ولا يورث المفقود أحداً مات في حال فقده ، لان بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو) أى استصحاب الحال (لا يصلح حجة في الاستحقاق) واستصحاب الحال عبارة عن البقاء ما كان على ما كان لعـــدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب عندنا حجة للدفع لا للاستحقاق . فلهذا اعتبر المقصود حياً في مال غيره حتى لا يرث من المفقود في حال فقده، ولا يرث المفقود عن أحد بل يوقف نصيبه من حال مورثه ، فإذا مضت المدة او علم موته يرد الموقوف لاجله إلى وارث مورثه الذى ورث من ماله .

وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ، ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي .

(وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) أى لا يقضي للمفقود بالوصية إذا مات الموصي في حال فقده ، بل تكون الوصية موقوفة كالميراث إلى ان يظهر حاله ، وفي الذخيرة لا يقضي بصحتها ، ولا يبطل حتى يظهر حال المفقود ، لان الوصية اخت الميراث ، وفي الميراث يحبس حصة المفقود إلى ان يظهر حاله من الميراث ، فكذا في الوصية .

(ثم الاصل) أى في مال المفقود (انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به) أى لا يكون محروماً ، وما ليست المفقود (ولكنه) أى ولكن الوارث (ينتقص حقه به) اى بالمفقود (يعطى) على صيغة المجهول أى يعطى الوارث (اقل النصيبين ويوقف الباقي) صورته تركت امرأة زوجاً وأماً وأختاً لا يؤمن وأخاً كذلك مفقوداً فللأم السدس على تقدير حياته وعلى تقدير موته الربع ، وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير موته ربع الثمن ، وكذلك الأخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع ، فيعطي كل واحد منهم الأقل ويوقف الباقي من نصيبه ، وهذه المسألة تصح من ثمانية عشر على تقدير الحياة وعلى تقدير الوفاة من ثمانية بينهما موافقة بالنصف ، فإذا ضربت نصف أحدهما في جميع الآخر تصير اثنين وسبعين ، فمنه تصح للزوج سبعة وعشرون وتسعة موقوفة من نصيبه .

وللأم اثني عشر وستة مرقوفة من نصيبها ، وللأخت ثمانية وعشرة موقوفة من نصيبها ، فإذا ظهرت حياته كان مستحقاً على ذلك التقدير ، فيكون للزوج ستة وثلاثون ويبقى الذي أصاب الأم والأخت بحال ، لأن الحاصل لهما على تقدير حياته هو الأقل ، والباقي للاخ وهو ستة عشر سهماً ، وإن حكم بموته بقي الزوج بحاله ، وكمل للام والاخت ما كان موقوفاً من نصيبهما .

وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً ، بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يـــد الأجنبي ، وتصادقوا على فقد الابن

(وإن كان معه) أي مع المفقود (وارث يحجب به لا يعطى أصلا ، بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا) أي الورثـــة المذكورون والأجنبيون (على فقد الابن) قبل التصادق ، لأن الأجنبي الذى في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل ابنه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين، لأن الإقرار ذى اليد فيما في يده معتبر ، وقد أقر ان ثلثي ما في يده لهمـــا فيجبر على تسليم ذلك إليهما ، وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد ، لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئاً بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد ، حتى يظهر مستحقه هذا إذا أقر من في يده المال ، اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فأقامت البنتان البينة ان أباهما مات وترك هذا المال ميراث لهما ولاخيهما المفقود، فإن كان حياً فهو الوارث معهما وإن كان ميتاً فولده الوارث معهما ، فإنه يدفع إلى البنتين النصف لانها بهذه البينة ثبت أن الملك لأبيهما في هذا المـكان، والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثبات الملك له بالبينة .

وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما النصيب وهو النصف ويوقف البـــاقي على عدل لان الذي في يده حجة فهو غير مؤتمن عليه ، وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لانه إذا كان في يد الابنتين والمسألة بحالها ، فإن القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ، ولا يوقف منه شيئاً للمفقود ، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج المال من ايديهما لان النصف صار بينهما بتصرف النصف الباقي للمفقود من وجه ، ويريد بقوله ولا يوقف منه شيئاً للمفقود أن لا يجعل شيئاً مما في يد الاثنين ما كان للمفقود على الحقيقة .

وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود تطلب النساء ميراثهما ، وإن فقدا ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف، وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود كان نصيبهما الثلثين ، فكان النصف منقضياً به ، وقوله تصادقوا فقد ذكرنا معناه وذكرنا وجه قيد التصادق .

وطلبت الابنتان الميراث تعطيـان النصف لانه متيقن بـه ، ويوقف النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود ، ولو كان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك ، ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة ، ونظير هذا الحمل ، فإنه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ، ولو كان معـــه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال ، ولا يتغير بالحمل

(وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه) أى لان النصف (متيقن به) لانا لو قدرنا المفقود ميتاً كان نصيبهما الثلثين ، ولو قدرناه حياً كان نصيبهما النصف ،فالنصف متيقن به (ويوقف النصف الآخر) إلى ان يظهر حال المفقود (ولا يعطي ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حياً) لان المفقود لو كان حياً كان ابنه يحجب أولاده ، وبما لم يعلم حياة المفقود ولا مماته حصل الشك .

(فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع) أى النصف الموقوف (من يد الاجنبي) لان المال لا يخرج من يد ذى اليد إلا بالخصم (إلا إذا ظهرت منـــه) اى من الاجنبي (خيانه) بأن يكون حجة ، بأن قال ليس للميت مال في يدي ، لانه لمـا جحد ظهرت خيانته فلا يترك مال الغير في يد الخائن ، ويوضع على يد عدل إلى ان يظهر المستحق .

(ونظير هذا) أى نظير المفقود (الحمل) في حق وقف النصف (فانه) اى فإن الحمل (توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى) احترز به عما روي انه يوقف له نصيب أكثر من واحد ، وروى ليث بن سعد عن محمد انه يوقف نصيب ثلاثة ، وفي رواية هشام نصيب ابنتين ، وهي احدى الروايتين عن أبي يوسف ، وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة أنه يوقف نصيب أربعة بنين ويوقف ثلث ماله ، وبه أخذ ابن المبارك وإبراهيم النخعي ومالك وشريك .

(ولو كان معه) أى مع الحمل (وارث آخر) فلا يخلو (إن كان) هـــذا الوارث (لا يسقط بحال) كالابن والجدة مثلا (ولا يتغير بالحمل) ولا شك أن الابن يتغير بالحمل

يعطي كل نصيبه ، وإن كان ممن تسقط بالحمل لا يعطى ، وإن كان ممن يتغير به يعطي الأقل للتيقن به كما في المفقود ، وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا .

فاذا كان كذلك (يعطي كل نصيبه) لعدم فائدة تأخيره عما يستحقه من الإرث ، وأما إن كان سقط وهو معنى قوله (فان كان) أى الوارث (ممن تسقط بالحمل) كابن الابن والأخ والعم (لا يعطي ، وإن كان ممن يتغير به) أي بالحمل ولكن لا يسقط كالام والزوجة (يعطى الاقل للتيقن به) أي بالاقل (كما في المفقود) فإنه إذا مات وترك ابناً مفقوداً او جدة معه او أخاً أو أماً فلجده السدس والباقي موقوف لان الجدة لا تسقط ، ولا يغير نصيبها ولا يعطى الاخ شيئاً لانه يسقط بالابن ، ويعطي الام السدس لكونه نصيباً ، لانه أقل من الثلث ، لان المفقود وإن كان حياً استحقت الام السدس ، وإن كان ميتاً استحقت الثلث فيعطي السدس والباقي يوقف إلى ان يظهر حال المفقود (وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا) اى شرحنا حكم مسألة المفقود في الشرح المسمى بكفاية المنتهى سبيان أتم من هذا النسيان وبالله التوفيق وعليه التكلان .

* * *

كتاب الشركة

(كتاب الشركة)

أى هـــذا كتــاب في بيان أحكام الشركة ، والشرك بمعنى واحـــد ، قال ابن دريد الشرك مصدر شركته رجلان الشركة شركاه في المـــال ، وشريك الرجل وشاركه سواء ، وقال تاج الشريعة شركته في كذا شركاء ، وشركته وهو شريك ، وهم شركاء ، والتركيب دال على الخليط،ومنه الشركة تشابكها واختلاط بعضها ببعض .

ولهذا سمي النصيب الشائع شركاء . قال الله تعالى ﴿ أم لهم شركاء في السموات ﴾ ٢١ الشورى ، أى نصيب شائــع فسمي هذا العقد بها لانــه سبب لإجماع النصيبين وعشر في المـــال وتركها في شريك الحال اجتماع النصيبين ، وفي شركة العقـــد الإيجاب والقبول .

وقال الكاكي للشركة مناسبة بالمفقود والإباق واللقطة من حيث ان المال أمانـة في يد الشريك ، كما ان الآبق واللقطة ومال المفقود في يد من كان في يده أمانة ، وللشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث أن قريب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مـال المفقود الحاصل من الإرث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة .

وفي الشركة اختلاط المالين ، فكذلك ذكرها عقيب المفقود وقـــدم المفقود لمناسبة خاصة له بالإباق ، وقال الاترازى « رح » مناسبة الشركة بالمفقود من حيث ان المـــال في يد الشريك أمانة كما ان نصيب المفقود أمانة في يد من كان المال في يده .

وأيضاً نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ، وقال الاكمل « رح » مثله او قريباً منه ، قلت إذا كان الذى ذكره الشراح وجهاً معتبراً في وجه المناسبة يمكن أن يذكر احد عقب الصلاة أو الزكاة مــــا بأس اى من كان من

أبواب الفقه ، لانه يمكن ذكر مناسبة بينهما مثلما ذكر . لانه لا بـد من وجه يوجد ولو كان بعيداً فيعتبر الواضع وجه المناسبة ، وهذا كله بعيد وتركه أحسن .

ثم اعلم ان شرعية الشركة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، أمـا الكتاب قوله تعالى ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾ ١٢ النساء ، وقوله ﴿ وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض ﴾ ٢٤ ص ، والخلطاء هم الشركاء ، وأما السنة فما رواه أبو داود عن محمد ابن الزبير عن أبي حبان المسمى عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قـال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خانـا خرجت من بينهما . ورواه الحاكم في مستدركه **وصححه** .

وقال الأترازي قال أصحابنا في كتبهم روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ فقال أتعرفني فقـال وكيف لا أعرفك وكنت شريك ضم الشريك لا تـداري ولا تماري ... انتهى قلت هذا أخرجه أبو داود وابن ماجة عن سفيان عن ابراهيم بن مجاهد عن قايد الشامي عن السائب بن أبي السائب انه قال للنبي ﷺ كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري ، رواه الحاكم وصححه ، ورواه أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن السائب أن النبي ﷺ شاركـه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاء فقال النبي ﷺ مرحباً بأخي وشريكي ، كان لا يداري ولا يماري ، يا سار قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك ، وإن كان ذا سلف وصدقة .

وقال السهيلي في الروض حديث السائب كثير الاضطراب مروي عن السائب بن أبي السائب عن قيس بن السائب . وروي عن عبد الله ، وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا يقوم به حجة ، والسائب بن أبي السائب من المؤلفـة قلوبهم ومن حسن إسلامه منهم **واضطراب في متنه أيضاً ، فمنهم من يجعله من قول النبي ﷺ في أبي السائب ومنهم من**

وقد عرفت أن قول الاترازي أن أصحابنا قالوا لو روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ إلى آخره ليس مستقيم لأن أحداً من أصحاب الحديث لم يذكر أن هذا الحديث

الشركة جائزة لانه ﷺ بعث والناس يتعاملون بهافقرهم عليه . قال الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي ، وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهب الرجلان عيناً أو ملكاها بالاستيلاء لو اختلط مالهما

لأسامة بن شريك ، وذكره الكاكي وقال السائب بن شريك ثم قال وفي شرح الوجيز السائب بن يزيد وهذا أيضاً فيه ما فيه ، وذكر ابراهم الحرفي في كتابه غريب الحديث أن يداري مهموز من المدارأة وهي الموافقة ، وتمارى غير مهموز من المماراة وهي المجادلة ، وأما الإجماع فإن الأئمة أجمعوا على جوازها ، وأما المعقول فهي طريق لا تنف الفضل وهو مشروع بالكتاب .

(الشركة جائزة لأنه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه) يعني لما كان الناس يعقدون عقد الشركة والنبي ﷺ لم ينكرها دل ذلك على جوازها ، فلو لم تكن جائزة لأنكرها لأنه مبعوث لبيان الحق .

(قال) أي القدوري (الشركة ضربان ، شركة أملاك وشركة عقود ، فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأمره ، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي) إلى هنا كلام القدوري .

وقال المصنف (وهذه الشركة) أي الشركة التي ذكرها القدوري « رح » بقوله فشركة الأملاك إلى آخره (تتحقق في غير المذكور في الكتاب) أي في مختصر القدوري ، والمذكور في الكتاب شيئان الإرث والشراء فقط ، ثم أوضح بتحقق غير المذكور من الكتاب بقوله (كما إذا اتهب الرجلان عيناً) أي بما وهبت لهما (أو ملكاها بالاستيلاء) أي أو ملك العين رجلان بالاستيلاء على مال من أموال أهل الحرب (أو اختلط مالهما)

من غير صنع أحدهما أو بخلطهما خلطاً يمنـــع التمييز رأساً أو لا يخرج ، ويجوز بيـع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ، ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنـه لا يجوز إلا بإذنه ، وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهمـــا

أي اختلط مال الرجلين (من غير صنع أحدهما) نحوها إذا أشبق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم .

(أو بخلطا) أي او اختلط مالاهما بخليطهما العماء بأنفسهما (خلطاً يمنع التمييزرأساً) يعني بالكلية كخلط الحنطة بالحنطة ونحوها (أو لا يخرج) أي او اختلط خلطاً لا يمكن التمييـز كخلط الحنطـة بالشعير ، فهذه الأنواع أيضاً من شركـة الأملاك ، وكـذا من شركة الأملاك الذى يملك الإنسان بصدقة أو فيه (يجوز بيـع أحدهما) أى أحـــد الشريكين (نصيبـه من شريكـه في جميـع الصور) المذكـورة (ومن غـير شريكه بغـير إذنه إلا في صورة الخلط ، والاختلاط فإنه) أى فـــان بيـع أحدهمـا نصيب من غير شريكه (لا يجوز إلا باذنه وقد بينـا الفرق) أى بين الجواز في الصورة المذكورة مطلقاً وبين عدم الجواز في صورةالخلط والإختلاط الا باذن شريكه ، وبينه في الكتاب الموسوم (بكفاية المنتهى) وإنما حال بيانه عليه إما طلباً للاختصار ، وإما بأن له مصنف آخر ممن يكفيانه المنهي قيل إن الفرق إن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط الخالط ، فإذا حصل بغير نقد كان سبب الزوال ماشياً من وجه دون وجه ، فاعتبر نصيب كل واحد زائلا إلى الشريك في حق البيـع من الأجنبي غير زائل في حق البيـع من الشريك ، كأنه بيـع ملك نفسه عملاً بالشبهين .

(والضرب الثاني شركة العقود) هذا لفظ القدورى « رح » أى النوع الثاني من نوع الشركه شركة العقود (وركنها الإيجاب والقبول) أى ركن شركة العقود الإيجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر ، وفسر ذلك بقوله (وهو أن يقول أحدهما) أي أحـد

شاركتك في كذا وكذا . ويقول الآخر قبلت ، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكم المطلوب منه ، ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصناع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في

المتعاقدين (شاركتك في كذا وكذا) في المال في البر ونحوه ... أو في عموم التجارات (ويقول الآخر قبلت) هذه الشركه على هذا الوجه .

(وشرطه) أي شرط الضرب الثاني وهو شركة العقود (أن يكون التصرف المعقود عليه) أي ان يكون التصرف الذي وقع عليه العقد ، وقوله التصرف اسم يكون وقوله المعقود عليه بالرفع صفة التصرف ، وقوله (عقد الشركة) منصوب على المصدر ، وقوله (قابلا) نصب على انــه خبر يكون (للوكالة) احترز به عن الشركة في التكدي والأحشـاش والاحتطاب والاصطياد بأن المسألة في هذه الصورة يقع عن باشر منـــه خاصاً لا على وجـــه الاشتراك . وعقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة يحصل الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة من طريق أو الحكم ، ولم يوجد الولاية والمنطق بالتوكيل ، فشراء من الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركـــة وهو الربح . وهـــذا معنى قوله (ليكون ما يستفـــاد بالتصرف مشتركاً بينهما) أي بـــين الشريكين ، (فيتحقق حكم المطلوب من الشركة) وهو الربح ، وهذا معنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف شركاء بينهما ، أي بين الشريكين فتحقق حكم المطلوب منه ، أي حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة (ثم هي) أي الشركة (على أربعـــة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه) المفاوضة يجوز فيها الرفع والنصب والجر ، أما الرفع فعلى أنه خبر مبتدأ محذوف تقديره احدها مفاوضة ، وأما النصب فعلى تقدير أعني مفاوضة ، وأما الجر فعلى أنـــه عطف بيان وما بعد مفاوضة داخل في الوجوه المذكورة بحيث العطف ثم شرع بين هذه الأربعة بالفاء التفصيلية بقولـــه (فأما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في

مالهما وتصرفهما ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحـــد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المعاداة. قال قائلهم :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذ جهالهم سادوا

أي متساويين ،

مالهما) المراد من التساوى في المال المتساوي في مال يصح فيه الشركة على ما يجيء عن قريب (وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق) يعني بغير قيد بشيء (إذ هي) أى لان المفاوضة (من المساواة) يعني من حيث المعنى لا من حيث الاشتقاق ولهذا قال صاحب المبسوط اشتقاق المفاوضة من التعويض ، إذ كل واحد منهما مفوض التصرف إلى صاحبه ... انتهى .

وليست هي منفعة من المساواة لعدم شرط الاشتقاق بل من جهـــة المعنى لأن معنى المعاوضة المساواة المشاركة والمفوضة الشركة والناس فرضي في هـــذا الأمر أي سواء لا تباين بينهم ، كذا ذكره الزمخشري في الفائق واستدل المصنف على هـــذا بقوله (قال قائلهم) وهو الأفوه الأودي الشاعر :

(لا يصلح الناس فرضا لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا)

أو قبله :

يهدي الأمور بأهل الرأي ما صلحت فإن تولت فبالجهـــا لتفاد

ومعنى البيت إذا لم يكن للناس أمير وسيد كان كل واحـــد مستقلا بنفسه فتحقق المنازعة والفساد والاستشهاد في قوله فرضي أي لا يصلح الناس المأذون في الأمر .

قوله لاسراة لهم حال والسرا جمع سرى. قال في الصحاح هو جمع عزيز لا يعرف غيره جمع فعيل على فعله ، وفي المفصل المسيراه اسم جمع السرى كركب في الراكب والسرى السيد من سرى فهو سرى وهم سرات وسروات أي سارات .

كذا في المغرب ، وفي الصحاح المراسخا في مروة يقـال سرى يسرو ويسري بالكسر يسري سروا فيها ويسروا سراوه أي سار سريـــاً ، وقرأ المصنف فوضى بقوله (أي متساويين) أي لا يصلح الناس إذا كانوا متساويين في الأمور ، فكل منهم يريـــد مضي أمره فيقع الاختلاف ، ولا يصلح الائتلاف .

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء ، وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه . وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفاً لايملكه الآخر لفات التساوي، وكذلك في الدين لما سنبين إن شاء الله تعالى . وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لايجوز وهو قول الشافعي ، وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة ،

(فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء) أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ استقامة ، وأما انتهاء فلأن المعاوضة من المفقود الجائزة فإن كان لكل واحد منهما الامتناع بعد عقد الشركة فكان كدوامها حكم الابتداء في ابتداء المتفاوضة بشرط المساواة، فكذا في الانتهاء،حتى إذا زاد مال احدهما بعد العقد لاتكون المساواة،فلا يبقى المعاوضة (وذلك) أي تحقق المساواة (في المال،والمراد به ما تصح الشركة فيه) أي المراد بالمال الذي اشترط فيه المساواة هو المال الذي تصلح الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس أيضاً على قولهما لا ما لايصلح فيه الشركة كالعروض والعقار التفاضل فيه يبطل المعاوضة، وهو معنى قوله (ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه) كالنبات ونحوها ، وكذا الديون لا تصلح فيها الشركة حتى لو كان لأحدهما ديون على الناس لايبطل المعاوضة ما لم ينفر ذكره في الإيضاح والذخيرة (وكذا في التصرف) عطف على قوله وذلك في المال، أي وكذا تحقيق المساواة في التصرف (حتى لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر لفات التساوي) بأن كان الآخر عبداً أو صبياً أو ذمياً،فلا يصلح المفاوضة بين الحر والعبد والصبي والبالغ والمسلم والذمي (وكذا في الدين) عطف على قوله وذلك (لما سنبين إن شاء الله تعالى) عن قريب سنبين اشتراط التساوي في هذه الأشياء المذكورة (وهذه الشركة) أي شركة المفاوضة (جائزة عندنا استحساناً ، وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي) وبه قال أحمد .

(وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة) وفي الكافي وهذا تناقض لأنه إذا لم يطر فيها كيف يحكم بالفساد إذ لا تصديق بلا تصور ، ورد هذا بأن قوله لا أدري ما يكون حكماً بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض . وفي الحلية والمغني وحكم عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز في الجملة وصفها عنده أن تفوض كل واحد إلى آخر التصرف مع حضوره وغيبته ، وتكون يده كيده ، ولا يشترط فيه التساوي في المال .

وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل ذلـــك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله ﷺ فاوضوا فإنه أعظم للبركة ،

(وجه القياس أنها) أي ان المفـاوضة (تضمنت الوكالة بمجهول الجنس) أي بشراء شيء بمجهول الجنس (والكفالة) أي تضمنت الكفالة (بمجهول ، وكل ذلك) أي المذكور من الوكالة بمجهول الجنس الكفالة بمجهول (بانفراده فاسد) فعند انضمامها بالطريق الأولى ألا ترى انه قـال وكلتك بالشراء أو شراء الثوب لاتصح الوكالة والكفالة بمجهول لايصح أيضاً بخلاف الكفالة بمعدوم ، فإنها جائزة كما في قوله ما داب لك على فلان يعني به ، فإن قيل الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخـر وكلتك في مالي اصنع ما شئت فإنه يجوز له أن يتصرف فيما أصيب بالعموم ليس بمراد هنا ، فـإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله ، فاذا لم يكن عاماً كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز .

(وجه الاستحسان قوله عليه السلام ،فاوضوا فانه أعظم للبركة) هذا غريب ليس له اصل ، وقال الاترازي وجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي ﷺ وهذا لا يرضى به الخصم . وقال ابن قدامـة في المغني لا يعرف الخبر ولا رواه أصحاب السنن ، وقال الكاكي قيل له هذا لا يدل على عدم صحته إذ ليس من شرط صحة الحديث أن يروي أصحاب السنن. قلت سلمنا ذلك ولكن لا بد من شرط صحة الحديث أن يروي ثقة عن ثقة إلى أن ينتمي إلى أحد من الصحابة ثم إلى النبي ﷺ ، وذكر الكاكي أيضاً قوله عليه السلام إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة ، قلت أيضاً غريب مثل ذلك ، نعم روى ابن ماجة في سننه في التجارات عن صالح بن صهيب قال قال رسول الله ﷺ ثلاث فيهن البركـة البيع إلى أجل والمفاوضة واختلاط البر بلشعير للبيت لا للبيع ... انتهى .

قوله المقاوضة بالقاف والواو في بعض نسخ ابن ماجة المفاوضة بالفاء ، ورواه إبراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط بالمعاوضة بالعين والضاد ، وفسر المقاوضة بـأن بلغ عرضاه بعرض مثله ، قال والعرض هو مأجور النفور من دابة أو غيرها،وقال العرض بفتح الراء حطام الدنيا ، ومنه قوله عليه السلام ليس الغنى عن كثرة العوض إنمـا الغنى غنى النفس .

وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة . ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه المفاوضة يجوز لأن المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين ، لتحقق التساوي ،

قلت هذا أيضاً لا يصح به الاستدلال لوجه الاستحسان (وكذا الناس يتعاملون بها) أي بالمفاوضة (من غير نكير) فكان دليلا على جوازها (وبه) أي بتعامل الناس بها (يترك القياس) قال الكاكي لأن التعامل كالإجماع ، وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ، وقد رد جواز الشركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين رحمهما الله تعالى .

(والجهالة متحملة تبعاً) هذا جواب عن جهة القياس تقديره أن الجهالة التي ذكرت فيه تحملت تبعاً لا قصداً ، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً بـــأن الوكالة لمجهولة الجنس لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً بالإجماع (كما في المضاربة) فان الضارب وقت تصرفــه وكيل عن رب المال لكن بمجهول الجنس فتحملت الجهالة لثبوتهـــا في ضمن عقد المضاربة لا قصداً ، ولأن الجهالة تبطل باعتبار المنازعة لا بد أنها ولا منازعة هنا .

(ولا تنعقد) أي شركة المعاوضة (إلا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام) فان أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكامها (حتى لو بينا) بلفظ **التثنية أي حتى لو بين** المتعاقدان (جميع ما تقتضيه المفاوضة تجوز لأن المعتبر هو المعنى) لا اللفظ ، وهذا يحمل للكفالة بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة شرط ضمان الأصل كفالة .

(قال) أي القدوري « رح » (فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين) أي **فتجوز المفاوضة بين حرين احترز به عن أن يكون بين الحر والعبد ، وقوله الكبيرين صفة** الحرين احترز به عن أن يكون بين الكبير والصغير .

وقوله مسلمين حال الضرر به عن أن يكون أحدهما مسلماً والآخر ذمياً ، وقوله أو ذميين أي أو بين ذميين (لتحقق التساوي) في جميع ذلك ، ولم يذكر المصنف بعـــد قوله مسلمين لفظ عاقلين ، ولا بد من ذلك.

وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لمـــا قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ، ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة ، لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي . قال ولا بين المسلم والكافر . وهذا قول أبي حنيفة ومحمـــد « رح » وقال أبو يوسف « رح » يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ،

(وإن كان أحدهما) أي أحد المتعاوضين (كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لما قلنا) وهو قوله لتحقق التساوى بينهما ، لأن الكفر كله ملة واحدة .

(ولا تجوز) أى المفاوضة (بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام التساوى) وفي بعض النسخ لعدم المساواة (لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما) أى من التصرف والكفالة (إلا باذن المولى) يرجع إلى قولـــه بين الحر والمملوك .

(والصبي لا يملك الكفالة) أذن له وليه أو لا (ولا يملك التصرف إلا باذن الولي) إلى هنا من قولـــه ولا يجوز بين الحر والمملوك من كلام المصنف شرح لكلام القدورى « رح » وقوله (ولا بين المسلم والكافر) من كلام القدورى أى لا يجوز المفاوضة بينهما لعدم التساوى .

(وهذا) أى وعدم جواز المفاوضة بين المسلم والكافر (قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما ، أى بين المسلم والكافر (في الوكالة والكفالة) لان كل منهما يملك التوكيل والتكفيل .

وذكر الشراح أن عند أبي يوسف يجوز ذلك لتساويهما في التصرف لان كل ما يملكه الذمي من شراء الخمر والخنزير يملكه المسلم أيضاً بالتوكيل ، وجوابـــه أن الذمي يملكه بنفسه ، والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوى وصار كالحر مع العبد .

ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة ، ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود ، ولهما أنــــه لا تساوي بينهما في التصرف فإن الذمي

(ولا يعتبر بزيادة تصرف) هذا جواب من جهة أبي يوسف « رح » عما يقـــال كيف يؤخذ التساوى بين المسلم والكافر ، فالكافر يجوز له التصرف في الخمر والخنزير ، ولا يجوز للمسلم فانعدم التساوى وتقرير الجواب أنه لا يعتبر بزيادة تصرف (يملكه أحدهما) أى أحد المتعاوضين (كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة) بالإتفاق (ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية) عمداً ، لانه يعتقد حلالاً بخلاف الحنفي .

وحاصل الكلام ان الاعتبار بالتساوى في أصل التصرف كما ان أحدهمايملك التصرف بأمر له أو نيابـــة ، فكذلك الآخر لكن أحدهما اختص بزيادة تصرف ، فلا يصرف ذلك كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي ، كمـــا ذكرنا قوله بين الشفعوى نسبــة إلى الشافعي .

فكذا لا يصح ، بل الصواب أن يقال الشافعي المذهب كما يقال للامام الشافعي فانه منسوب إلى شافع أحد أجداده ، وفي نسخة شيخي العلاءبين الشافعي والحنفي على الصحة ، وقال الكاكي وفي بعض النسخ بين الشافعي والحنفي يعني بالفاء بعد النون ، والصواب الحنفي منسوب إلى أبي حنيفة بالنسبة إلى فعيلة فعلا بحذف الياء ، والحنفي بالياء منسوب إلى الحنف بدون الياء .

(إلا أنه يكره) استثناء من قولـــه ، وقال أبو يوسف يجوز التساوى بينهما في الوكالة والكفالة ، ووجه الكراهة ، وهو ما ذكره بقولـــه (لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود) لأنه لا يحترز من الدين ، فلا يؤمن أن يكون شريكه حراماً .

(ولهما) أى ولابي حنيفة ومحمد (انـه لا تساوى بينهما في التصرف ، فان الذمي

لو اشترى برأس المـــال خموراً أو خنازير صح ، ولو اشتراها مسلم لا يصح. ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة ، وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقـــد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان ، إذ هو قد يكون خاصاً ، وقد يكون عاماً .

إذا اشترى برأس المال خموراً أو خنازير صح،ولو اشتراها) أي الخمر والخنازير (مسلم لا يصح) فلا يساوى ، فان قلت لكل معاوضة الكتابي المجوسي بحيث يصح ، ولا مساواة في التصرف منها ، فان المجوسي يتصرف في الموقودة لأنه يعتقد المالية ، والكتابي لا يتصرف ، وكذا الكاكي يؤاجر نفسه للذبح والمجوسي لا يؤاجر نفسه للذبح .

قلت من جعل الموقودة مالاً يفصل بين الكتابي والمجوسي فتحقق المساواة ،والمساواة في المؤاجرة ثابتة ، يعني فـان كل واحد من المجوسي والكتابي من أجل ان ينقل ذلك العمل عليه أن يقيمه بنفسه أو بنائبه ، وإجارة المجوسي للذبح صحيحة مستوجب بهـا الاجر ، وإن كان لا يحل ذبيحته .

(ولا يجوز) أي المفاوضة (بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعـدام صحة الكفالة) أي من العبـد والصبي والمكاتب والمفاوضة تتضمن الكفالة ، فلا يصح مفاوضتهم . قال لا بين المكاتبين ، وكذا لا يصح بين المكاتب والحر (وفي كل موضع تصح المفاوضة لعدم شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان) أي والحال أنـه لا يشترط ذلك الشرط في شركة العنان (كان عناناً) لانـــه أتى بمعنى العنان بعبارة المفاوضة (لاستجماع شرائط العنان).

(إذ هو) أي عقد شركة العنان (قد يكون خاصاً) في نوع من التجارة (وقـد يكون عاماً) في أنواع التجارة ، والمفاوضة عامة فيها نظيره ما ذكرناه في الشامل في قسم المبسوط . وإن تعارض عبدان مسلم وذمي كانت شركة العنان والمفاوضة أعم من العنان ، فاذا بطل يعني العموم فبقي معنى الخصوص فجاز إثبات العنان بلفظ المفاوضة كما جاز إثبات الخصوص بلفظ العموم .

قال وتنعقد على الوكالة والكفالة ، أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه ، وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً . قال ما يشتريه كل واحد منهما تكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم ، وكذا كسوته ، وكذا الإدام

وتنعقد أي المعاوضة في بعض النسخ (قال) أى القدورى « رح » (وتنعقد على الوكالة والكفالة) يعني ان كل واحد من الشريكين يكون فيما باشر وكيلا عن الآخر وكفيلا عنه (أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال) لان التصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة ، ولم توجد الولاية فتثبت الوكالة لتحقق المقصود من الشركة فيكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف (على مابيناه) يعني عند قوله قبل هذا ليكون ما تستفاد بالتصرف مشتركا بينهما .

(وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات) أى وأما انعقاد المفاوضة على الكفالة فيتحقق معنى المفاوضة وهي المساواة في أمر من موجبات التجارة أى من مقتضياتها ، أى الامر الآخر الذى هو من مواجب التجارة ويوجب التجارة.

(وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً) فيكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما وجب عليه بسبب التجارة ، وإذا كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم الآخر عند أبي حنيفة ، وخلافاً لهما على ما يجيء إن شاء الله تعالى . وإذا اشتراه كل واحد منهما وفي أكثر النسخ (قال) أى القدورى « رح » (وما يشتريه كل واحد منهما) أى من المتعاوضين (تكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فانها تكون الذى اشتراه خاصة .

قال المصنف (وكذا كسوته) أي وكذا كسوة الذي اشتراه يكون له خاصة (وكذا الإدام) يعني يكون الذي اشتراه لا على الشركة ، لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن ، ألا ترى إلى ما قال الكرخي في مختصره ، وإذا اشترى أحدهما طعاماً لأهله أو كسوة أو ما لا بد لهم منه ، فذلك جائز وهو قول خاصة دون صاحبه ، وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء على ما يجيء .

لأن مقتضى العقد للمساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب فهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة ، والقياس أن يكون على الشركة لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما

وكذا إذا اشترى أحدهما جارية ليطأها بإذن شريكه ، وليس له أن يشتري جارية للوطىء إذا لم يأذن له شريكه .

وكذلك إذا اشترى جارية للخدمة في مختصر الكرخي « رح » أيضاً وإن اشترى أحدهما جارية للوطىء باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطىء العقد يأخذ المستحق بالعقد أيهما شاء .

(لأن مقتضى العقد) أي عقد شركة المفاوضة (المساواة) وهذا تعليل للمثنى منه وهو قوله يكون على الشركة (وكل واحد منهما) أي من المتعاوضين (قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب) أي في القدوري (وهو) أى المستثنى منه (استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة) لأن كل واحد منهما حين يشارك شارك صاحبه عالم بحاجته إلى ذلك ،**ومعلوم ان** كل واحد منهما لم يقصد بلفظ المفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه .

(فان الحاجة الراتبة) أى الراتبة من قولهم رتب الشيء إذا استقت ودام وأمر مرتب دائم ثابت (معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه) أى إيجاب شراء أحد المتعاوضين (على صاحبه ولا **الصرف**) أى صرف الثمن (من ماله ، ولا بد من الشراء) أى شراء طعام الأهل وكسوتهم (ليختص به) أي يختص المشتري بالطعام والكسوة (ضرورة) لأنه لا بد من شراء ذلك .

(والقياس أن يكون) كل ذلك (على الشركة لما بينا) وهو قوله لأن مقتضى العقد المساواة (وللبائع أن يأخذ بالثمن) أى بثمن الطعام والكسوة والإدام (أيهما) أى المتعاوضين

شاء المشتري بالأصالة ، وصاحبه بالكفالة ، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما أدى لأنه قبض ديناً عليه من مال مشترك بينهما . قال ولا يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقاً للمساواة ، فما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار ، ومن القسم الآخر الخيانة

(شاء المشترى) أي يطالب المشترى (بالأصالة) لأنه هو المباشر (وصاحبه) أي يطالب صاحبه (بالكفالة) لانه كفيل عنه (ويرجع الكفيل على المشترى بحصته بما أدى) يعني من مال الشركة (لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما) أى بين المتعاوضين (ومايلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر) أى فالشريك الآخر (ضامن له ، تحقيقاً للمساواة) أي يعني المساواة الذي تقتضيه الشركة المتعاوضة (فما يصح الاشتراك فيه) أى فمن جملة ما يصح الاشتراك فيه (البيع والشراء) صورتهما ظاهرة ، لكن الثمن في البيع الجائز ، والقيمة في البيع الفاسد (الاستئجار) صورته أن مستأجر أحد المتعاوضين أجير في تجارتهما أو دابة أو شيئاً من الأشياء فللمؤجران أن يأخذ الأجر أيهما شاء لأن الإجارة من عقود التجارة ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لما يلزمه من التجارة ، وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا إلى مكة تحج عليها فللمكارى أن يأخذ أيهما شاء ، إلا ان شريكه إذا أدى من خالص ماله يرجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه نصيبه من الدرى .

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجر لأنه هو الذي استأجره ، لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه (ومن القسم الآخر) أي مما لا يصح فيه الاشتراك (الخيانة) أراد بها الخيانة على نفي ادم لأن ضمان العقب يلزم الشريك ، وفي المبسوط إذا ادعى رجل على أحدهما خطأ لهما إن شق مقدورات استحلفه فحلف ، ثم أراد أن مستحلف شريكه ليس له ذلك إذ لا خصومة له مع شريكه إذ لا يكون أحد كفيلا عن الآخر فيما ليس في التجارة .

والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة « رح » وقال لا يلزم لأنه تبرع ، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد والمأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض

(والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) ففي هذه الأشياء إذا ادعى رجل على أحدهما وحلفه ليس له أن يحلف الآخر بخلاف ما لو ادعى على أحدهما ببيع خادم يخدم المدعى أن يحلف المدعي عليه على الثبات وشريكه على العلم وصورة الخلع ما لو عقدت المرأة مع آخر عقد مفاوضة ثم خالعت زوجها بمال لا يلزم ذلك على شريكها ، كذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم شريكها .

(وعن النفقة) أي وكذا الصلح عن النفقة على شيء لا يلزم شريكه شيء من ذلك (ولو كفل أحدهما) أي أحد المفاوضين (بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقـــالا لا يلزمه) أي لأن الكفيل متبرع على صيغة اسم الفاعل وفي بعض النسخ (لأنه تبرع) بصفة المصدر أي لأن عقد الكفالة تبرع .

وكذا في نسخة العلاء ، وقال الفقيه أبو الليث وهذا إذا كفل بأن المكفول عنـــه وإن كفل بغير إذنه ينبغي ان لا يجب شيء على صاحبه في قولهم جميعـــاً ، وفي شرح الطحـــاوي إن كانت الكفالة بالنفس فلا يؤاخذ به صاحبه بالإجماع .

(ولهذا) أي ولكون عقد الكفالة متبرعاً (لا يصح من الصبي والعبد والمأذون والمكاتب) لأنهم ليسوا من أهل التبرع (ولو صدر) أي التكفل أو عقد الكفالة (من المريض) مرض الموت (يصح من الثلث) قال الكاكي وقيد صدور الكفالة بحالة المرض لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حالة الصحة بغير ذلك في جميع المال بالإجماع .

(وصار) أي عقد الكفالة بالمال (كالإقراض) حيث لا يلزم الشريك ، وقال الكاكي وفي الأقراض اختلاف فإنه ذكر في الإيضاح لو قرض أحد المتفاوضين مالاً وأعطاه رجلا وأخذ الصحة كان جائزاً عليهما ولا يضمن ثمن المال أولا ، وفي قياس قول أبي يوسف «رح» يضمن القرض صحة شريكه ..

والكفالة بالنفس ، ولأبي حنيفة « رح » أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء ، لأنـــه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء يتضمنه المفاوضـــة وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره،

(والكفالة بالنفس) حيث لا يؤاخذ به الآخر (ولأبي حنيفة) أي عقد الكفالـــة (تبرع ابتداء) أي في ابتداء الأمر ،ألا ترىأن المريض لو كفل يعتبر من الثلث ، ولو كفل العبد المأذون لا يجوز كفالته (ومعاوضة بقاء) أي في حالة البقـاء ألا ترى ان يحر على الأداء (لأنه) هذا تعليل تكون الكفالة مفاوضة بقـاء ، يعني أن الكفيل (يستوجب الضمان) أي يستحقه على المكفول عنه (بما يؤدى عن المكفول عنه إذا كانت الكفالـــة بأمره) أي بأمر المكفول عنه .

(فبالنظر إلى البقاء صح لتضمنه المفاوضة بالنظر إلى الإبتداء لم تصح)و كلامنافي البقاء لأنه يلزم شريكه بعدما لزم عليه ، وفي نسخة شيخنا العلاء لأنه مستوجب الضمان عما يؤدي على المكفول عنه ، فإذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء بتضمنه المعاوضة وبالنظر إلى الإبتداء لم يصح ، وكذا قال الأكمل فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفـــاوضة يعني وحاجتنا ها هنا إلى البقـــاء اذ المطالبة متوجة بعـــد الكفالة لأنها حكمها ، فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم الأجر ، وهذه هي حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثمه في الابتداء بأنه قد يضمنه أولاً ، فاعتبرنا جمة النزع فيه ولم يعتبره ها هنا لأن الابتداء ثمه محتاج اليه ولا كذلك هـــا هنا لصحة الابتداء . لكن الضامن من أهل الضمان دون الصبي ممن ذكره .

قال الأكمل ويريد به الصبي والمجنون ، وقال تاج الشريعة يريد به المكاتب والصبي والعبد المأذون ... انتهى .

وقال الأترازي « رح » وقوله (ممن ذكره) أي ذكره أبو يوسف ومحمد لأن القياس أن تقول ذكره بضمير الاثنين والقيـــاس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على

ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنـــه تبرع ابتداء وانتهـــاء ، وأما الإقراض فعن أبي حنيفة « رح » أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا تتحقق معاوضة .

صيغة المبني للمفعول ، فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب ... انتهى .

قلت فيه نسبة المصنف إلى السهو بجنس العبارة وقوله ممن ذكره بضمير الإفراد صحيح لأن المسئلة من مسائل الجامع الصغير الذي يذكر فيه منسوب إلى محمد وإن كان أبو يوسف « رح » معه في مواضع وإفراده للضمير فهـــذا الاعتبار أى ممن ذكره محمد في الجامع الصغير فافهم .

(ويصح) أي عقد الكفالة (من الثلث) أي من ثلث المـــال (من المريض) مرض الموت ، وقد مر بيانه (بخلاف الكفالة بالنفس) حيث لا يلزم شريكه (لأنه) أي لأن عقد الكفالة بالنفس (تبرع ابتداء وانتهـــاء) إذ لا مستوجب الكفيل قبل المكفول عنـــه شيئاً .

(وأما الاقتراض) هذا في الحقيقة جواب عن قولهما وصار كالاقراض بطريق المشبع ، بيانه ان الإقراض (فعن أبي حنيفة رح) رواه الحسن (أنه يلزم صاحبه) عند أبي حنيفة ولا نسلم أنـــه لا يلزمه على رواية الحسن حتى لو فرض احد المتعاوضين جاز عليه وعلى شريكه ، ولا يضمن لشريكه شيئاً .

(ولوسلم) جواب بطريق التسليم يعني ولو سلمنا أن الإقراض لا يلزم صاحبه عند أبي حنيفة (فهو) أي الاقراض (إعارة) لا معاوضة بدليل جـواز إذ لو كان معـاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسبة في الأموال الربوية ، فإذا كان كذلك (فيكون لمثلها) أى لمثل الإعارة (حكم عينها) أي عين ما أقرضه (لا حكم البدل) كما في الإعـارة الحقيقية (حتى لا يصح فيه الأجل) أى لا يلزم لأن تأجيل الإقراض والعاريـــة جائز ، ولكنه لا يلزمـــه المضي على ذلك التأجيل ، وإذا كان الامر كذلك (فلا تتحقق المعاوضة) في الاقراض في الامراض .

ولو كانت بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ، ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة « ر ح» لأنه معاوضة انتهاء .

(ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أى بغير أمر المكفول عنه (فالصحيح انه لا يلزم صاحبه لانعدام معنى المفاوضة) وإليه ذهب الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وتبعه المصنف حيث قال (ومطلق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير عن قيد الكفالة بأمر المكفول عنه محمد « رح » هذا المقدار .

هذا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه ، وعامة المشايخ لم يفرقوا في شروح الجامع الصغير بينهما إذا كان بأمره أو بغيره إطلاق جواب كتاب الجامع الصغير (محمول على المقيد وضمان الغصب والإستهلاك بمنزلة الكفالة) يعني في انه يلزم شريكه .

وعند محمد « رح » ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة (عند أبي حنيفة) عن أبي يوسف « رح » في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك (لانهمعاوضة انتهاء) لان الغرض عندالطلب ،وقال الكاكي يختص أبو حنيفة في قوله بمنزلة الكفالة عنده ، إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن فيهما محمداً « رح » مع أبي حنيفة « رح » في انه يلزمه شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف « رح » .

وقال الاترازى « رح » وكان حق الكلام أن يقول وضمان الغاصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة « رح » ومحمد خلافاً لابي يوسف « رح » في غير رواية الأحول انه لا يلزم الشريك لانه معاوضة انتهاء ، لان الغرض عند الطلب ،وقال الكاكي « رح » تخصيص أبي حنيفة « رح » في قوله بمنزلة الكفالة عنه إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن سيا محمد مع ابي حنيفة « رح » في انه يلزمه شريكه ، وفي الكفالة مع أبي يوسف « رح » .

وقال الاترازى وكان حق الكلام أن يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

قال فإن ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة ، أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه ، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » خلافاً لابي يوسف « رح » في غير رواية الاصول. وقال الاكمل تلميح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة « رح » بأن محمداً « رح » مع ابي حنيفة « رح » في لزوم ضمان الغصب واستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه .

(وإن ورث أحدهما) اى احد المتعاوضين (مالا تصح فيه الشركة) هذه الجملة صفة لقوله مالاً ، والمال كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة (أو وهب له) أى لاحد المتعاوضين (ووصل) أى المال (إلى يده بطلت المفاوضة وصارت) أي الشركة (عناناً لفوات المساواة) التي هي الشرط (فيما يصلح رأس المال إذ هي) أى المساواة (شرط فيه) أى في عقد الشركة المفاوضة (ابتداء وبقاء) أى في حال الإبتداء وحالة البقاء . لا قضاء مساواة الدوام .

(وهذا) أي بطلاق المفاوضة وصيرورتها عناناً (لأن الآخر) أي الشريك الآخر (لا يشاركه) أي لا يشارك صاحبه (فيما أصابه) من المال (لانعدام السبب) أي سبب الشركة وهي التجارة (في حقه) أي في حق الآخر (إلا انها) أي غير ان المفاوضة (تنقلب عناناً للإمكان، فإن المساواة ليست بشرط فيه) أي في العنان ابتداء ، وكل ما ليس بشرط فيه الابتداء يشترط فيه دواما .

(ولدوامه) أي ولدوام العنان (حكم الإبتداء لكونه غير لازم) أي لكونه عقداً غير لازم فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك

فإن ورث أحدهما عرضاً فهو له . ولا تفسد المفاوضة ، وكـــذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة ، فلا يشترط المساواة فيه .

فصـــل

ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ،

فصار كالوكالة المفردة ، فصار كأنها انشاء الشركة في الحال ، ولا مساواة بينهما فيكون عناناً ، فإن قيل الاجارة عقد لازم حتى لا يتفرد كل واحد من المتعاقدين بالفسخ ويجبرهما القاضي على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا يبقى بموت أحد المتعاقدين فكيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه إذ العقد اللازم لدوام حكم الابتداء كما في الاجارة، قيل في جوابه الاجارة عقد غير لازم كما قال شريح لكون المعقود عليه معه ، وما في الحال فكان بمنزلة العارية ، إلا انه عند معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من الجانبين كما في البيع والاجارة بموت أحدهما باعتبار كونه لازماً باعتبار فوت المستحق، لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث (وإن ورث أحدهما) أي أحد المتعاوضين (عرضاً) أي متاعاً في الأمتعة (فهو له) اي فالعرض له ، يعني لا يكون في الشركة .

(ولا تفسد المفاوضة ، وكذا العقار) أي وكذا لا يفسد المفاوضة ، إذا ورث أحدهما عقاراً (لأنه لا تصح فيـــه الشركة ولا شرط المساواة فيه) أي في العنان والله أعلم بالصواب .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان ما يصلح من الأموال لرأس مال الشركة ، ولما كان المبحث هنا غير المبحث فيما قبله ذكره بفصل على حدة فقال (ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) قال الكاكي في المبسوط تكون المفاوضة والعنان في شركة البقل والوجوه مع عدم المال فيها فكان قوله لا تنعقد الشركة إلا بكذا كيف يتحصل. قلت المراد بقوله لا

وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون إذا كان الجنس واحداً لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود ، بخلاف المضاربة ، لأن القياس يأباها ، لما فيها من ربح ما لم يضمن

تنعقد الشركة هي شركة المفاوضة لأن اللام للتعريف في الشركة فيصرف المذكور إلى السابق .

وقال صاحب النهاية أيضاً المراد شركة المفاوضة لأنه شرع فيه بعد بيان المفاوضة ، ولهذا بدأ بعدهذابييان شركة العنان بقوله أما شركة العنان. قوله بالفلوس النافقة إلى إلى الرائجة ، لأن غير النافقة من العروض وكذا يجوز بالتبر النافقة ولا خلاف في ان المشتركة تصح بالنقدين والفلوس النافقة والخلاف في العروض ، فقال أصحابنا أحمد والشافعي في وجه لا يجوز وقال في وجه إن كانت العروض مثلياً يجوز إذ المثلي نسبة المفقود ، ويرجع عند المعاوضة بمثلها .

(وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضاً إذا كان الجنس واحداً لأنها) أي لأن الشركة (عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود) واشتراط اتحاد الجنس بناء على أن الخلط شرط عنده، وقال الأكمل «رح» في ذلك خلاف مالك نظر لما تقدم من قوله ، وقال مالك لا أعرف ، والمفاوضة إلا إذا ثبت عنه روايتان أو يكون تعريفاً على قول من يقول لها كما نقل عن أبي حنيفة في الزراعة ... انتهى .

قلت نقل هذا عن مالك غير صحيح ، وإنما هذا منقول عن الشافعي ،وعندمالك يجوز لما نقله المصنف ، وعن أحمد في رواية يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ، وبه قال الأوزاعي وطاووس وحماد بن أبي سليمان وابن ابي ليلى (بخلاف المضاربة) في تتمة قول مالك يعني المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير .

(لأن القياس يأباها) أن يمنع جوازها (لما فيها من ربح ما لم يضمن) لأن المال ليس بضمون على المضاربة بل هو أمانه في يده ، فكان ما حصل من الربح ربح بمال غير مضمون

فتقتصر على مورد الشرع . ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته ، إذ هي لا تتعين ، فكان ربح ما ضمن ، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز ،

يستحق رب المال ، لأنه لم يعمل في ذلك الربح ، فلا يصح (فيقتصر على مورد الشرع) وهي الدراهم والدنانير .

وأما في الشركة فإن كان واحداً من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل واحد منهما في مال لنفسه يعتبر شركة يصح .

و (لنا انه) أي عقد الشركة بالعروض (يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) وأنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك وأوضح كيف يروي إلى ربح ما لم يضمن لا يجوز بقوله (لأنه إذا باع كل واحد منهما) أي من الشريكين من العروض (رأس ماله وتفاضل الثمنان) بأن باع أحدهما عرضه بأضعاف قيمته والآخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح (فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يضمن)ومالم يملك وذلك لا يجوز (بخلاف الدراهم والدنانير ، لأن ثمن مايشتريه) كل واحد منهما برأس المال يتعلق الشراء برأس المال بعينه ، وإنما يتعلق بمثله ديناً (في ذمته إذ هي) أي الأثمان (لا تتعين) والتغيير (فكان ربح ما يضمن) لتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال في الذمة .

(ولأن أول التصرف) دليل آخر ، أي أول التصرف في الشركة (في العروض البيع) أنه بيع العروض (وفي النقود) أي وفي الشركة في الدراهم والدنانير (الشراء) وهو ظاهر (وبيع أحدهما) أي أحد الشريكين (ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز) لأن الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة

وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون البيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة تروج رواج الأثمان فألحقت بها . قالوا هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف

لا تصح في العروض ، فإنه لو قال لغيره بع عرضك على ان ثمنه بيننا لا يصح .

(وشراء أحدهما شيئاً بماله على ان يكون البيع بينه وبين غيره جائز) ألا ترى ان من قال اشترى بألف من مالك على أن ما يريه مشترك بيننا فالشركة جائزة وقدر صاحب النهاية هذا الدليل الثاني على وجه يؤول إلى ربح ما لم يضمن وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة في كل موضع لا تجوز الوكالة ملك الصفة لا تجوز الشركة ، ومعنى هذا أن الوكيل بالوكيل بالبيع ان يكون أميناً ، فإذا شرط له جزء من الربح ما لم يضمن ، فأما الوكيل بالشراء فهو من طلتمس في ذمته ، فإذا شرط له جزء الربح كان هذا ربح ماقد ضمن.

(وأما الفلوس النافقة) فلانها (تروج رواج الأثمان) أي كرواج الأثمان (فالتحقت بها) أي بالأثمان (قالوا) أي قال المتأخرون (هذا) اي هذا الذي ذكره القدوري « رح » من جواز الشركة بالفلوس النافقة وهو (قول محمد « رح ») كذا فسره الاترازي « رح » لأن ماله الفلوس التي ذكرها في أول الفصل ذكرها القدوري « رح » في مختصره وغيره . قال قوله هذا أي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد « رح » (لأنها) أي لأن الفلوس النافقة (ملحقة بالنقود عنده) أي عند محمد « رح » (حتى لا يتعين بالتعيين) كالدراهم والدنانير .

(ولا يجوز بيع اثنين بواحد) أي بيع فلسين بفلس واحد (بأعيانها على ما عرف) في نوع ، وإنما قيد بأعيانها لتظهر ثمرة الاختلاف ، فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالإجماع المركب .

أما عندهما فله وجه النسبة في الجنس الواحد ، وأما عند محمد « رح » فلهذا أو لمعنى الثمن ، وأما إذا كانت بأعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد « رح » لا يجوز .

أما عنـــد أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا تجوز الشركة والمضاربـة بها ، لأن ثمنها يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعـــاً ، ويروى عن أبي يوسف « رح » مثل قول محمد « رح » والأول أقيس وأظهر ،

ولم يذكر القدوري « رح » في الفلوس النافقة خلافاً ، وإنما ألحقها بالدراهم والدنانير ولم يذكر الخلاف فيها ، وكذلك حكم الشبهة لم يذكر الخلاف فيها .

وقال الكرخي « رح » في مختصره والأموال التي يصح بهـــا عقد الشركة الدراهم والدنانير في قولهم جميعاً ثم قـــال وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » يصح بالفلوس أيضاً ، وفي الشامل تجوز الشركة بالفلوس لأنها لا تتغير في العقد ، وعن أبي يوسف « رح» لا تصح وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه بيع مكاده وثمن أخرى .

وقال الأسبيجابي في شرح الطحاوي « رح » ولو كان رأس مـــال أحدهما لم تجز الشركة عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ، لأن الفلوس إنما صارت ثمنـــاً باصطلاح النـــاس وليس بثمن في الأصل ، وعند محمد تجوز وهو قول أبي يوسف « رح » الأول .

(أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا تجوز الشركة ولا المضاربة بهـــا) أي بالفلوس (لأن ثمنهـــا يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة) فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بالسلعة .

(ويروى عن أبي يوسف « رح » مثل قول محمد « رح ») يعني لا يجوز بيع الفلسين بفلس واحد ، وهذا قول أبي يوسف « رح » أولاً (والأول) أي كون أبي يوسف«رح» مع أبي حنيفة « رح » (أقيس) أي أشبه (وأظهر) لأن أبا يوسف « رح » جوز بيع الفلسين بفلس واحد إذا كانا عينين كأبي حنيفة « رح » ، وجعل الفلوس كالعروض ، فلما كان مذهبه في مسألة البيع مذهب أبي حنيفة كان مذهبه أيضاً في مسألة الشركة ، لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة .

وعن أبي حنيفة «رح» صحة المضاربة بها. قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن تعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب. وفي الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده التبر. فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات. وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم. فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف أنهما

(وعن أبي حنيفة « رح ») أي روي عن أبي حنيفة رواه الحسن عنه (صحة المضاربة بها) أي بالفلوس النافقة (قال) أي القدورى « رح » (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك) أى سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة (إلا أن تعامل الناس بالتبر) بكسر التاء المثناة من فوق وسكون الباء الموحدة وهو من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ .

(والنقرة) بضم النون وهي القطعة المذابة من الفضة والذهب (فتصح الشركة بهما) أى بالتبر والنقرة (هكذا ذكره في الكتاب) أى في مختصر القدورى « رح » (وذكر في الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر) أي مراد محمد « ر ح » في الجامع الصغير من قوله قبل ذهب أو فضة التبر .

(فعلى هذه الرواية) أى رواية الجامع الصغير (التبر سلعة يتمين بالتعيين، فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات) لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن .

(وذكر في كتاب الصرف) من الجامع الصغير (ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما) اى في المضاربات والشركات .

(وهذا) إشارة إلى ان النقرة لا تتعين بالتعيين (لما عرف أنهما) أن الذهب والفضة

خلقـــا ثمنين في الأصل ، إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص،لأنه عند ذلـــك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً ، إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المـــال ، ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط، ولكل واحد منهما ربح متاعه ، وعليـــه وضيعته ، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف « رح » . والشركة شركة

(خلقا ثمنين في الأصل) يعني رواية الجامع الصغير لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنين مختصين بالضرب المخصوص ، لأن عند ذلك أي عنـــد الضرب المخصوص لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً (إلا) أن يجدي التعامل . هذا استثناء من قوله (أن الأول أصح لأنها وإن خلقت التجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأنه عند ذلك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً إلا أن يجرى التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال) يعني أن الأول وهي رواية الجامع الصغير وهي أن النقرة لا تصلح إلا إذا جرى التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامـــل منزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال .

(ثم قوله) أي ثم قال القدوري « رح » في مختصره (ولا يجوز بما سوى ذلك) أي لا يجوز عقد الشركة ما سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة (يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب ولا خلاف فيه بيننا) أي لا خلاف في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون والعددى المتقـــارب (قبل الخلط) فيما بينا ، أي باتفاق أصحابنا (ولكل واحد فيهما ربح متاعه وعليه وضيعته) أي خسته وفي المختلف فـإن خطا ثبت بينهمـــا شركة ملك ، فإذا باعا فالربح والوضيعة على قدر مالهـــا كسائر الأعيان .

(وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك لا يجوز عند أبي يوسف « رح » والشركة شركة

ملك لا شركة عقد وعن محمد « رح » تصح شركة العقد . وثمرة الإختلاف تظهر عنــــد التساوي في المالين ، واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف « رح » لأنـه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد « رح » أنها ثمن من وجـــه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة وبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين

ملك لا عقد) أي لا شركة عقد (وعند محمد « رح » تصح شركة العقد، وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالين . واشتراط التفاضل في الربح) عند أبي يوسف لا يستحقه زيادة الربح بل لكل واحد من الربح بقدر ملكه ، وعند محمد « رح » الربح بينهما على مـــا شرط .

(وظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف « رح » لأنــه) أي كل من المذكور من المكيل والموزون والعددى المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وشرط جواز الشركة أي لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن وما يصلح فيكون رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه كالتعوذ .

فكذا ما لا يصلح رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه لأن قبل الخلط إنما لا يجوز شرط العقد بها لأنها متعينة ، وأول التصرف فيها بيع فيؤدى إلى ربح ما لم يضمن ، وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزاد، وتقديراً بالخلط لأن الخلط لا يتقرر إلا في معين ، والمخلوط المشترك لا يكون إلا معيناً فيقرر المعنى المقر فلا يكون مصححاً للعقد .

(ولمحمد « رح » أنها) أي ان المكيل والموزون والعددى المتقارب (ثمن من وجه حتى جاز البيع بها) حال كونها (ديناً في الذمة) إذ هو من أحكام الثمن (وبيع من حيث انه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين) اى سبب العرض والثمن .

بالإضافة إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال ، ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق ، والفرق لمحمد « رح » أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، ومن جنسين من ذوات القيم . فتمكن الجهالة كما في العروض ،

(بالإضافة إلى الحالين) أي حالة الخلط وحالة عدمه فأشبها بالعروض لاتجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالأثمان تجوز بعد الخلط ، وهذا لانـــه باعتبار الشبهين تضعف إضافة عقد الشركة إليها فيتوقف ثبوتها على ما يقويها ، وهو الخلط يثبت شركة الملك لا محالة فناله به شركة العقد لا محالة والعكس يتضمن ربح مالم يضمن (بخلاف العروض لأنها ليست ثمنـــاً بحال) معين ليست بها جهة الثمنية ، فلم تجز الشركة بهـــا بعد الخلط أيضاً .

(ولو اختلفا) أي لو اختلف المـــالان (جنساً) أي من حيث الجنسية (كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا) على صيغة المجهول (لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق) فإذا كان كذلك يحتاج محمد « رح » إلى الفرق أشار إليـــه بقوله (والفرق لمحمد « رح ») إنما احتاج إلى الفرق لأنه يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط في جنس واحد ولا يقول بانعقادها إذا عقدا عقد الشركة بعد الخلط في جنسين ، وبيان الفرق هو قوله (أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال) حتى ان من أتلفه يضمن مثله (ومن جنسين من ذوات القيم) حتى أن من أتلفه ضمن قيمته فيمكن الجهالة لانه لا يمكن وصول كل واحد منهما إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة فلم تنعقد الشركة للجهالة بخلاف الجنس الواحد .

فإن كل واحد منهما يمكنه ان يصل إلى عين حقه من رأس المـــال قبل القسمة باعتبـــار الملك . انعقدت الشركة (فتمكن الجهالة كما في العروض) .

قال تاج الشريعة قوله من ذوات القيم لهذا يجب مبلغه القيمة ، فكان المخلوط بمنزلة العروض ،

وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء . قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة .

ذكره أبو الفضل (وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء) أي إذا لم تصح شركة العقد يعني إذا عقدها بعد الخلط في جنس ، أما شركة الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالين برضى صاحبيهما ، ومعنى قوله فحكم الخلط يعني ان الحنطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بغير نفسه فيقطع حق المالك إلى الضمان ، وكذا إذا خلط المودع الحل الوديعة زيت نفسه ، والحل بفتح الحاء المهملة ،دهن السمسم .

وقال الاترازي « رح » قوله قد بيناه في كتاب القضاء فيه نظر ، لأن صاحب الهداية لم يذكر حكم الخلط فيه بل ذكره في كتاب الوديعة وإنما ذكروا حكم الخلط في كتاب القضاء في شرح الجامع الصغير والله أعلم بصحة ما قال ، إلا إذا قيل إنه بينه في كفاية المنتهى فله وجه إن صح ذلك .

قال الكاكي قوله في كتاب القضاء أراد القضاء في الجامع الصغير ، وقال الاكمل «رح» كذلك أي كتاب القضاء الجامع ،وأما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال بينه ، وقال تاج الشريعة قوله في كتاب القضاء أورد المصنف « ر ح » هذه المسألة في كتاب الوديعة ... انتهى .

قلت قد رأيت أن أحداً من هؤلاء لم ينف القليل ولم يرو القليل ، قلت ان كان مراده في كتاب القضاء الذي ذكره في كفاية المنتهى على ما قيل لا يرد عليه شيء ، وإن كان مراده كتاب القضاء الجامع على ما نص عليه اكثر الشراح فيحمل على أنه بينه هناك بكتاب شيء من الحواشي وتقديره بينا في قدريته .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (فإذا أراد الشركة بالعروض باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة) هذه حيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض

توسعة على الناس ، وقوله باع كل واحد منهما إلى آخره ، صورة هذه الشركة إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال واحد منهما مضموناً على الآخر بالثمن ، فيكون الربح الحاصل ربح ماله مضمون ، فيكون العقد صحيحاً .

(قال) أي المصنف « رح » (وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة) وفي الكاكي هذا مشكل لأن ذلك يحصل بمجرد البيع فلا يحتاج إلى قوله ثم عقد الشركة إلا أن يقال أراد بقوله عقد الشركة أي شركة ملك وفيه بعد .

وقال الأترازي ظاهر كلام القدوري « رح » أن هذا شركة العقد لا شركة الملك لأنه قال ثم عقد الشركة . وقال صاحب النهاية وهذه شركة ملك وهذا عجيب منه وبعيد وقوله عن مثله قضاء تحقيقاً ، وملخص النص ما ذكره في المبسوط ولو كان لأحدهما عروض وللآخر دراهم فباع هذا نصف العروض بنصف تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة أو معاوضة جاز والحق العنان والمعاوضة في هذه الشركة وهما من شركة العقود ، لأنه شركة الملك وملخص التحقيق ان العروض إنما لا تصلح الرأس مال الشركة قبل البيع لأنه يقتضي ربح ما لا يضمن بخلاف ما إذا كان بعد البيع على الوجه المذكور الربح فيه يحصل من مال مضمون كما ذكرناه .

وقال الكاكي « رح » قال شيخي العلامة عدم جواز الشركة بالعروض كناية عن معنيين أحدهما ربح مال يضمن كما بينا ، والثاني حرما له رأس المال ، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض عن الآخر ثم عقد الشركة فقال القدوري « رح » وروي يجوز ، واختاره شيخي الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي لأن رأس المال صار معلوماً ، وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضموناً على صاحبه بالثمن ، فكان الربح الحاصل في ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز .

ثم قال الكاكي ثم المصنف « رح » اختار عدم الجواز وعدم ما ذكره القدوري « رح » وروى ما علله وقال وهو نظير ما ذكره القدوري « رح » ويستحب للمتأخر ان ينوي

وتأويله إذا كانت قيمـــة متاعهما على السواء ، ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة . قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام أو يشرك في عموم التجارات .

الطهارة ثم عـــدم المصنف بقوله فالنية والوضوء سنة ، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة ... انتهى .

قلت قد طول الشراح هنا كلامهم ، والأحسن أن يقال إن صاحب القدوري « رح » اختار ما ذكره واختار صاحب الهداية ما ذكره وليس فيه اعتراض لأحدهما على الآخر ولا لغيرهما اعتراض عليها فافهم .

(وتأويله) أي تأويل ما قاله القدوري « رح » في مختصره من بيـــع نصف عرض أحدهما بنصف عرض الآخر (إذا كانت قيمة متاعيهما على السواء . ولو كانت بينهما) أي بين متاعيهما (تفاوت بين صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة) مثل ان تكون قيمة عرض أحدهما أربع مائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر ، فيكون الربح الحاصل في المالين ربح مال مضمون على كل واحد منهما فيطيب ويصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما .

(قال) أي القدوري « رح » في مختصره (وأما شركة العنان) وهـــذا عطف على قوله فأما شركة المفاوضة في أوائل الكتاب (فتنعقد على الوكالة دون الكفالة) ويجيء بيانه عن قريب (وهي) أي شركة العنان أي صورتها (أن يشترك اثنان في نوع بز) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء ، قال ابن دريد البز متاع البيت من الثيـــاب خاصة ، وعن الليث ضرب من الثياب ومنه البز متاع جاريته إذا جوزها من الثياب .

وعن ابن الرنسباري رجل حبس البز أي الثياب ، وعن الجوهري وهو من الثيـــاب ، وقال في السير الكبير عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز ، ويقال البزاز لبائعه والـبز حرفة والبز بكسر الباء كقولهم رجل حسن البزة .

(أو طعام) أي أو اشتركا في طعـــام أي حنطة (أو يشترك في عموم التجارات)

ولا يذكرن الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ، ولا ينعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عنّ له أي أعرض ، وهذا لا ينبىء عن الكفالة ، وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ .

عطف على قوله أن يشترك (ولا يذكرن الكفالة) أي في العقد (وانعقاده) أي انعقاد عقد شركة العنان (على الوكالة لتحقق مقصوده) أي لتحقق المقصود من العقد وهو التصرف في مال الغير فلا يكون ذلك إلا بالوكالة عند عدم الوكالة (كما بيناه) أي فيما مضى في أول الكتاب من قوله وشرطه ان يكون التصرف المقصود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما استفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب له .

(ولا تنعقد على الكفالة) أي لا تنعقد شركة العنان على الكفالة بأن لا يكون كل واحد منهما كفيلا عن الآخر (لأن اللفظ) أي لفظ العنان (مشتق من الأعراض) أراد بالاشتقاق من جهة المعنى لا من جهة اللفظ لأن لفظ العنان غير مشتق يجب الاصطلاح من الأعراض بل من حيث المعنى .

ولهذا قال (يقال عنّ له أي أعرض) يقال كذا أي عرض قال امرؤ القيس فعن لنا سرب كأن نعاجه ... معناه ظهر لنا قطيع من بقر الوحش . وقال ابن المكسر كأنه عن لهما شيء فاشتركا فيه ، وقال بعض أهل اللغة هذا شيء أخذ به أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب ، وليس كذلك بما ذكرنا من شعر امرىء القيس .

وقيل هذا مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه النسائي والأصمعي إذ كل منهما جعلا عنان التصرف في بعض ماله إلى صاحبه ، أو لأنه يجوز أن مقارنا في المال والربح ، كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والادخار ، كذا في المبسوط والإيضاح .

(وهذا) أي معنى العنان (لا ينبىء عن الكفالة) أي لا يفهم منه معنى الكفالة فلا ينعقد عليها (وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ) أي حكم التصرف في اللفظ لا يثبت بخلاف ما يقتضيه ذلك اللفظ ، فلفظ العنان لا يدل على معنى الكفالة فلا

ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه ، وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح . وقال زفر « رح » والشافعي « رح » لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال، ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل لهذا يشترطان الخلط ، فصار ربح المال بمنزلة

يتضمنها (ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه) لأنه لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل وهو معنى قوله (وليس من قضية اللفظ المساواة) أي ليس من مقتضى لفظ العنان المساواة مثل المفاوضة .

(ويصح أن يتساويا) أي الشريكان شركة العنان (في المال ويتفاضلا في الربح) وبه قال أحمد (وقال زفر والشافعي لا يجوز) وبه قال مالك ، وفي فتاوى قاضي خان لو شرط المساواة في الربح أو شرطا لأحدهما فضل ربح أي شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعاً أو عمل أحدهما وإن شرطا العمل على أقليهما ربحاً لا يجوز في الذخيرة ، والأصل أن في هذه الشركة حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير ،وإذا شرطا في هذه الشركة العمل وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في المال جاز عند علمائنا الثلاثة .

(لأن التفاضل فيه) أي في الربح (يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) وهو لا يجوز (فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً) أى وكان الربح أثلاثاً (فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال) ولهذا يصح الشرط منعه على هذا الوجه (لأن عقد الشركة عندهما) أى عند زفر والشافعي (في الربح للشركة في الأصل فيشترطان الخلط) في المالين حتى لو لم يختلطا رأس مالهما لا تثبت الشركة عندهما (فصار ربح المال بمنزلة

نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله عليه السلام الربح ما على شرطا والوضيعة على قدر المالين ، ولم يفصل ، ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة . وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى ، فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج

نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ، ولنا قوله عليه السلام) أى قول النبي ﷺ (الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) هذا غريب جداً وليس له أصل ، ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول علي رضي الله عنه . وعن هذا قال الاترازى .

ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه أنه قال الربح على ما اشترط العاقدان والوضيعة على قدر المال ، وكذا قال أكثر الشراح (ولم يفصل) يعني بين التساوي والتفاضل ، وفي بعض النسخ من غير فصل (ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة) أي كما يستحق بالعمل في المضاربة ، فإن قيل في المضاربة لو شرطا العمل على رب المال تفسد العقود وهاهنا لا يفسد ، فكيف جواز إلحاقه بالمضاربة قلنا المضاربة أمانة ، وتمام الأمانة تقف على التخلية فإذا شرط على رب المال لم توجد التخلية ، أما ها هنا فكل واحد كالأجير في مال الآخر فشرطه على رب المال لا يبطل العقد ، فإن من استأجر أجيراً لنفسه على العمل جاز ... كذا في الإيضاح .

(وقد يكون أحدهما) أي أحد شريكي العنان (أحذق) بالحاء المهملة والذال المعجمة أي أنفس في أسباب المالية (وأهدى) إلى طريق الصواب في تصرفاته (وأكثر عملا وأقوى) في عمله من صاحبه (فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل) فيجوز كذلك (بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما) هذا جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز ، فكذا إذا شرط الفضل ، والجامع القول بالربح عن العيط على قدر المال ، وتقدير الجواب هو قوله (لأنه) أي لأن اشتراط الربح أحدهما (يخرج

العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضـــاً إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنـا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة .

العقد به) أي باشتراط الربـــح لأحدهما (من الشركة) لأن الشركة هي أن يكون الربح مشتركاً .

(ومن المضاربة أيضاً) أي ويخرج باشتراط جميع الربح لأحدهما من عقـد المضاربة أيضاً (إلى قرض) يتعلق بقوله يخرج العقد به أراد أن اشتراط الربح أحدهما إن كان للعامل فيكون قرضاً ، وهو معنى قوله إلى قرض (باشتراطه) أي باشتراط الربـــح (للعامل أو إلى بضاعة) اي او يخرج العقد باشتراط الربح لأحدهما إلى بضاعة يعني يصير بضاعة إن كان هو رب المال ، وهو معني قوله إلى بضاعة (لاشتراطه لرب المـــال) ويخرج عن كونه شرطة لأنه إما أن يكون قرضاً وإما أن يكون بضاعة .

(وهذا العقد يشبه المضاربة) هذا جواب لقول زفر والشافعي « رح » أن التفاضـل في الربح مع التساوي في المال يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بيانه أن هـــذا العقد أي شركة العنان تشبه المضاربة (من حيث أنه يعمل في مال الشريك)لأن كل واحد منهما يعمل في مال صاحب كالمضاربة يعمل في مال رب المال .

(ويشبهالشركة)اي شركة المفاوضة (اسما) اي من حيث الاسم ، لأن كل واحـد من العنان والمفاوضة يسمى شركة (وعملا) اي من حيث العمل (فإنهما يعملان) لأن شريك العنان يعمل في نصيب صاحبه كالمفاوضة فصار لهما شبهان شبهة بالمضاربة وشبهة بالشركة المفاوضة (فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة) اي عملها يشبه شركة المفاوضة .

حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما . قال ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليس يشترط فيه إذ اللفظ يقتضيه ، ولا يصح إلا بما بينا أن المفاوضة تصح للوجه الذي ذكرناه ، ويجوز أن يشتركا من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم . وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود . وقال زفر والشافعي « رح » لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ، ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس ،

(حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما) اي على الشريكين (قال) اي القدوري في مختصره (ويجوز أن يعقدها) اي أن يعقد شركة العنان (كل واحد منهما) اي من الشريكين (ببعض ماله دون البعض) بأن يكون مال آخر مما يجوز عليه الشركة سوى المال الذي اشتركا فيه (لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه) اي في العنان (إذ اللفظ) اي لفظ العنان (لا يقتضيه) اى لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة .

(ولا يصح) اى شركة العنان (إلا بما بينا) عند قوله ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ، ولا تصح بالعروض (أن المفاوضة تصح به للوجه الذى ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدى إلى ربح ما لم يضمن (ويجوز أن يشتركا ، ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم) لفظ القدورى .

وقال المصنف (وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر دراهم سود) وفي الاسرار وكذا الصحاح والكبيرة (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء) اى هذا الخلاف مبني (على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما) اى عند زفر والشافعي « رح » الخلط (شرط ولا يتحقق ذلك) اى الخلط (في مختلفي الجنس) لأن الدراهم

وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل في الحقوق . قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه ، فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر ،وهومنكر. والقول للمنكر مع يمينه . قال وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين

والدنانير مالان لا يختلطان (وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى) اى سنبين أشياء الخلط في جواز الشركة عند زفر والشافعي « رح » وعدم اشتراطه عندنا عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال .

(قال) اى القدورى (وما اشتراه كل واحد منهما) اى من الشريكين العنان (للشركة) اى لاجل الشركة (طولب) اى الذى اشتراه (بثمنه) اى بثمن الذى اشتراه (دون الآخر) أى الشريك الآخر ، اى لا يطالب به (لما بينا) فيما مضى (أنه) اى أن العنان (يتضمن الوكاله دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق) يعني هو الطالب فيها .

(قال) اى القدورى (ثم يرجع) اى الذى اشتراه (على شريكه بحصته منه) اى من الثمن (معناه) اى معنى كلام القدورى (إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته) اى في حصة صاحبه (فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه) اى على شريكه (فإن كان ذلك لا يعرف إلا بقوله) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة إلا بقوله (فعليه الحجة) اى فعليه إقامة البينة ، (لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو منكر) اى والاخر منكر (والقول للمنكر مع يمينه) بالنص .

(قال) اي القدورى في مختصره (وإذا هلك مال الشركة او أحد المالين) اى أو

قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة، لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين ، وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف ،

هلك أحد المالين (قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال) اى المعقود عليه هو المال فإذا فات المعقود عليه لا يبقى العقد كما في البيع (فإنه) اى فإن المال (يتعين فيه) اى في عقد الشركة ، وإن كان لا يتعين في سائر المعاوضات عندنا خلافاً لزفر والشافعي « رح » (كما يتعين) اى المال (في الهبة والوصية) والوديعة أيضاً .

(وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع) اى كما يبطل في البيع لان الركن فيه هو المال (بخلاف المضاربة والوكالة المفردة) احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن لان المعقود يتعين فيهما (لانه) اى لان الثمنان (لا يتعين الثمنان) أراد بهما الدراهم والدنانير (فيهما) اى المضاربة والوكالة المفردة (بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف) في موضعه ، والوكالة المفردة ، فمن وكل رجلاً بشراء عبد دفع إليه دراهم فهلك فإنها لا تبطل .

وقال الاترازى « رح » فيه نظر لان المعقود يتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت نص عليه ، وفي الزيادات بخلاف الوكالة فإن النقود فيها لا تتعين قبل التسليم ، أما بعد التسليم ففي نفسها اختلاف المشايخ فقال بعضهم تتعين فيها النقود ، وقال بعضهم لا تتعين ، وقال شيخي العلاء الذى ذكره في الزيادات من اشتراط قبض رأس المال في المضاربة محمول على عقد المضاربة بالتعاطي وهو أن يقول رب المال للمضارب خذ هذا المال مضاربة بالنصف فإن المضاربة رب لو لم تعرف تبطل المضاربة ، وهذا يرد نظر الاترازى .

وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان ، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته أيهما هلك من مال صاحبه إن هلك في يده فظاهر وكذا إذا كان هلك في يد الآخر ، لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة ، لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين ، وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرطا ، لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ، فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد

(وهذا ظاهر) اى بطلان الشركة ظاهر (فيما إذا هلك المالان) لفوات المعقود عليه (وكذا إذا هلك أحدهما) اى أحد المالين (لانه) اى لان الشريك الذى لم يهلك ماله (ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه فى ماله ، فاذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته) اى فائدة العقد (وأيهما) اى المالين (هلك من مال صاحبه إن هلك فى يده فظاهر) وإن هلك في يد صاحبه فكذلك، وهو معنى قوله (وكذا إذا كان) اى الهلاك (هلك في يد الاخر لانه أمانة فى يده) ولا ضمان على الامين (بخلاف ما بعد الخلط) اى بخلاف ما إذا كان هلاك المال ما بعد الخلط (حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاكة من المالين) .

وفي بعض النسخ فيجعل الهلاك من المالين اى يجعل الهلاك هلاكاً من المالين (وإن اشترى أحدهما) اى أحد الشريكين (بماله وهلك مال الاخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلايتغير الحكم) اى حكم الملك (بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد

« رح » خلافاً للحسن بن زيادة حتى أن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشتري ، فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها . قال ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك مال الآخر ، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة ، فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة ، فكان مشتركاً بحكم الوكالة وتكون شركة ملك

« رح » خلافاً للحسن بن زياد « رح ») فان عنده شركة ملك وفائدة هذا الخلاف تظهر في قوله (حتى أن أيهما باع جاز بيعه) عند محمد « رح » ، ولا يجوز عند الحسن أن يتصرف في نصيب الاخر لانه شركة ملك ، وعند محمد « رح » شركة عقد (لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها) فجاز تصرف كل منهما فى نصيب الاخر .

(قال) اى القدوري (ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه) اى بحصة الشريك ثمن المشترى ، وذلك (لانه اشترى نصفه) وهو حصة الشريك (بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه) والوكيل إذا قضى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل ، فكذا هنا (وقد بيناه) اى عند قوله إذا أدى من مال نفسه (هذا) اى هذا الذى قلنا فيها .

(إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك المال الاخر) بالرفع صفة للمال ، وفى بعض النسخ فى مال الاخر اى الشريك الاخر (أما إذا هلك مال أحدهما) اى أحد المالين (ثم اشترى الاخر بمال الاخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة ، فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا ، لان الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركاً بحكم الوكالة) المقصودة لا بحكم عقد الشركة (وتكون شركة ملك) لا فلوس يجوز

ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه ، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة حتى إذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة. قال وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال، وقال زفر والشافعي « رح » ، لا تجوز لان الربح فرع المال، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الاصل وإنه بالخلط ، وهذا

لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه ، لأن الملك هل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشتري بدون إذن الوكيل فكذا هذا .

(ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته (وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها) أي في الشركة (كان المشترى للذي اشتراه خاصة ،لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالةالتي تضمنتها الشركة ،فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها) أي فإذا بطلت الشركة بطلت الوكالة البائعة في عقد الشركة أيضاً (بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة) أي لأن الوكالة مقصودة ، فيكون المشترى بينهما بحكم الوكالة المقصودة .

(قال) أي القدوري « رح » (وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال) وبه قال أحمد ومالك « رح » إلا أن مالكاً شرط أن تكون أيديها عليه بأن يجعل في حانوت لهما أو في يد وكيل لها (وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل) الذي هو المال (وإنه)أي وأن الشركة على تأويل الاشتراك إنما يكون (بالخلط) لأن الشركة عبارة عن الاختلاط .

(وهذا) إشارة إلى قوله لأن الربح على المال يعني وإنما قلنا إن الربح فرع المال

لان المحل هو المال ، ولهذا يضاف إليه ويشترط تعين رأس المـــال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وإنمـــا هو يعمل لرب المال فيستحق الربـح على عمالة عمله ، أما هنـا بخلافه ، وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمـــال لانعدام المال . ولنـــا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لان العقـــد يسمى شركة ، فلا بد من تحقق معنى هـذا الإسم فيه

(لأن المحل) أي محل للشركة (هو المال ، ولهذا يضاف إليه) يقال عقد شركة المـال (ويشترط تعيين رأس المال) فتكون الشركة في الثمرة مسندة إلى المـــال (بخلاف المضاربة) فإنها تصح بدون الخلط (لأنها ليست بشركة وإنما هو) أي المضارب (يعمل لرب المال فيستحق الربح على عمالة عمله ، أما هنا بخلافه) بالإضافة قال الاترازي « رح » نصب بنزع الخافض أي من عمالة عمله وهي أجرة العمل ، وفي نسخة شيخي العلاء عمالة على عمله ، وفسر العمالة بالجهالة ، وكون العمالة منصوباً بنزع الخافض ، وليس له وجه على ما لا يخفي لا وجه أن يكون منصوباً على التعليل أي لأجل عمالة على عمله .

(وهذا أصل كبير) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال (لهما) أي لزفر والشافعي « رح » ، ثم أوضح كون هذا أصلا كثيراً عندهما « رح » بقوله (حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلهما ذلك ، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ، والآخر دنانير فإنـه تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي « رح » (ويشترط الخلط) عندهما (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) هـذا أيضاً على أصلهما (ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال) هذا أيضاً على أصلهما (ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال) وكل ما هو مسند إليه هو الأصل .

(لأن العقد يسمى شركة) لا المال (فلا بد من تحقق معنى هذا الإسم فيه) أي اسم

فلم يكن الخلط شرطاً ، ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان، فلا يستفاد الربح برأس المال، وإنما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل ، وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه ، وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس

الشركة في العقد إذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح (فلم يكن الخلط شرطاً) لأن الشركة حصلت في الأصل وهو العقد بلا خلط ، وحصلت في الفرع وهو الربح الذي استعيد من العقد فلم يكن اتحاد الجنس شرطاً ولا الخلط ولا التساوي في الربح على ما يجيء .

(ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان) هذا دليل ثان هو كالشرح للدليل الأول ،ومعنى لا يتعينان في الشراء لا في الشركة ، أي لا يتعينان في حق الاستحقاق إذا وجد الشراء بهما ، فإذا لم يتعينا (فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد في التصرف لأنه) أي لأن كل واحد من الشريكين (في النصف أصيل ، وفي النصف وكيل) لأن موجب العقد الوكالة فكان كل واحد منهما موكلا للآخر في نصيبه فيصرف كل واحد منهما في مال الشركة في بعضه بطريق الأصالة ، وفي بعضه بطريق الوكالة ، وهذه الوكالة إنما تثبت في ضمن عقد الشركة فلذلك يضاف الربح الحال إلى العقد ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة فكان الربح مستنداً إلى العقد بهذا الطريق لا إلى المال كما قالا .

(وإذا تحققت المشاركة [1] في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به) أي بالتصرف (وهو الربح بدونه) أي المستفاد وهو الربح بدون الخلط (وصار كالمضاربة) أي صار عقد الشركة كالمضاربة يعني أن الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال فكذلك في عقد الشركة فلم ينزل من الإشتراك في الربح الاشتراك في اصل المال (فلا يشترط اتحاد الجنس) يعني إذا كان عقد الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المال

---

(١) كذا الأصل ، ومن الهامش – نسخة الشركة .

والتساوي في الربح ، وتصح شركة التقبـــل . قال ولا تجوز الشركة إذا شرط لاحدهمـا دراهم مسماة من الربح لانـــه شرط يوجب انقطـــاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة ، قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ، ولان له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه

(والتساوي) ولا يشترط التساوي يعني ان الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال ، فكذلك في عقد الشركة فلم يزل من الاشتراك في الربح الاشتراك في أصل المال فلا يشترط اتحاد الجنس يعني إذا كان عند الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المـــال والتساوي أو لا يشترط التساوي (في الربح وتصح شركة التقبل) وإن لم يوجد المال .

(قال) أي القدوري « رح » (ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما) أي لأحـــد الشريكين (دراهم مسماة في الربح لأنـــه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه) أي لعله (لا يخرج إلا قـــدر المسمى لأحدهما) فيكون الربح لأحدهما خاصة وهو خلاف تفضي الشركة لأن مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص واحـــد منهما (ونظيره في المزارعة) أي نظير ما قالا من عـــدم جواز الشركة ثابت في المزارعة ، وهو ما إذا شرطا لأحدهما قفزانا مسماه فهي باطلة لانقطاع الشركة في الخارج إذ من شرط المزارعة أن يكون الخارج مشتركاً بينهما لأنها تنعقد شركة في الانتهاء .

(قال) أي القدوري « رح » (ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال) من الإبضاع يقال أبضعته إذا رفعت له مالاً يعمل فيـــه (لأنه) أي لأن الإبضاع (معتاد في عقـــد الشركة ، ولأن له أن يستأجر على العمل) أي مستأجر أجيراً على عمل يحصل منه الربح (والتحصيل بغير عوض دونه) أي دون الاستئجار .

فيملكه وكذا له أن يودعه لانه معتاد ، ولا يجد التاجر منه بدأ . قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة « رض » أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة ، والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح ، كما إذا استأجر بأجرة بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة

(فيملكه) أي فيملك التحصيل بغير عوض وهو الابضاء وفيـــه تحصيل الربح بلا أجر فكان الاستئجار على من ملك الأعلى إلا وفى (وكذا له) أي لأحـــد الشريكين (أن يودعه) أي يودع مال الشركة (لأنه) أي لأن الإيداع (معتاد) بين التجار (ولا يجد التاجر منه) أي من الإيداع (بدأ) أى انقطاعاً منه (قـــال) أى القدورى « رح » ويدفعه مضاربة) قال الاترازى « رح » ويدفعه بالنصب عطفاً على قوله أن يضع (لأنها) أى لان المضاربة (دون الشركة) ألا ترى ان المضارب ليس عليه شيء من الرضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح ، وهذا ظاهر الرواية .

(فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة « رح »)أي روى الحسن عنه (أنه ليس له ذلك) أى ليس له أن يدفع المال مضاربة (لانه نوع شركة) وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة ، فكذا لا يدفعه مضاربة (والاول أصح) أي جواز الدفع مضاربـة أصح (وهو رواية الاصل) أى المبسوط (لان الشركة غير مقصودة) في المضاربة (وإنما المقصود تحصيل الربح) وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين .

(كما إذا استأجر) أحد الشريكين أجيراً (بأجرة) ليعمل فإنه يجوز قولاً واحـداً لانه إذا عمد ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء (بل أولى) جواب إذا (لانه) أى لان عقد المضاربة (تحصيل) أى للربح(بدون ضمان في ذمته) أى في ذمه رب المال فكان أولى بالجواز ، وعند الشافعي « رح » لا يجوز للشريك التصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه ، وفي قوله إلا بتصريح في العهد العقد وفي الاظهر يجوز كقولنا (بخلاف الشركة

حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله . قال ويوكـــل من يتصرف فيـــه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله .

حيث لا يملكها) الشريك (لان الشيء لا يستتبع [1] مثله) إذ يلزم المحال منـــه وهو أن يكون مثل الشيء دونه فإن قيل هذا منقوض بالمكاتب فإن له أن يكاتب عنده ، وبالعبد المأذون ، فإن له أن يأذن عبده ، وباقتداء المفترض بالمفترض ، وباقتداء المتنفل بالمتنفل ، مع أن كل واحد منهما مثل الآخر والإمام يستتبع قومه في حق جواز الصلاة وفسادها ولان المثل يرفع المثل كالنص الناسخ يرفع النص المنسوخ وهما مثلان . الجواب في المكاتب والمأذون أنهما أطلقا في الكتب وأسبابه ، وليس هذا من قبيل الاستيفاء بل من إثبات الكسب المطلقة لهما .

وأما اقتداء المفترض بمثله فيجوز بالإجماع لقوله ﷺ الإمـــام ضامن ، ولان صلاة المقتدى مبنية على صلاة الإمام جوازاً وقضاء بالحديث ، لان يكون صلاة تتبعـــه صلاة المقتدى ، وأما الناسخ فهو رافع صورة يتمين معنى ، فلم يكن رافعـــاً في الحقيقة ، فلا يرد نقضاً .

(قال) أي القدوري « رح » (ويوكل من يتصرف فيه) بنصب يوكل عطفاً على قوله إن يضع أي يوكل الشريك من يتصرف في مـــال الشركة (لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة ، والشركة انعقدت للتجارة) للربح ، وكل واحـــد من الشريكين ربما لا يبيعها لـــه المباشرة تبعاً لها (بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك) بنفسه ، فلا بد من التوكيل ثبت التوكيل في ضمن التجارة تبعاً لها بدلالة الحال ، فصار كل منهما كأنه أمر صاحبـــه أن توكل بخلاف الوكيـــل بالشراء حيث لا يملك . (أن يوكل غيره لأنـــه) أي التوكيل بالشراء (عقد خاص طلب منه تحصيل العـــين) أي لتحصيل شيء معين معلوم جنسه وصفته (فلا يستتبع [2] مثله) لما ذكرنا أنـــه يلزم

---

(١) في الاصل لا تستبع ، وإنما صححت بناء على تصحيح ورد في الهامش .

(٢) في الاصل « فلا يستبع » وإنما صححت هكذا بناء على تصحيح ورد في الهامش .

قال ويده في المال يـــد أمانة لأنه قبض المـال بإذن المالك ، لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة . قال وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبـــل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن تقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا ، وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأن هذه شركة لا يفيـد مقصودهما وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المـال ، وهـذا لأن الشركة

في الربـــح تبتني على

فيه الحال (قال) أي القدوري « رح » (ويده) أي يد كل واحد من المفاوضين وشريكي العنان (في المال يد أمانه) حتى إذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان (لانه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل) أي على وجه إعطاء البدل ، واحترز به عن المقبوض على سوم الشراء ، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن .

(والوثيقة) أي على وجه الوثيقة ، واحترز به عن الرهن فإن الرهن مقبوض لاجل الوثيقة ، لان الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين (فكان [1] كالوديعة) في عـــدم وجوب الضمان (قال) أي القدوري « رح » (وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهمـــا ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا) أي جواز هذه الشركة عند أصحابنا .

(وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودهما) أي مقصود الشريكين ، وفي بعض النسخ مقصودها أي الشركة أضاف المقصود إلى الشركة ، وإن كان المقصود للشريكين بأدنى بلا نسبة هو ملبس الشريكين فمقد الشركة (وهو التثمير) أي المقصود من التثمير وهو حصول الربح (لأنه لا بد من رأس المال) للتثمير (وهذا) أي قول الشافعي وزفر « رح » لا بد من رأس المـــال (لأن الشركة في الربح تبتني على

---

(١) فصار — هامش .

الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه . ولنـــا أن المقصود منه التحصيل ، وهو يمكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر « رح » فيهما ، لأن المعنـــى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت .

الشركة في المال على أصلهما) أي على أصل زفر والشافعي « رح » (على ما قررناه) أي عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال (ولنا أن المقصود منه) أي من عقد الشركة . (التحصيل) أي تحصيل الربح (وهو) أي تحصيل الربح (يمكن بالتوكيل)أي بتوكيل كل واحد من الشريكين صاحب مقبول العمل (لأنه) أي لأن كل واحد منهما (لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد) بعقد الشركة حينئذ ، ثم إذا عمل فكل واحد مستحق فائدة عمله ، وهو كسبه ، وإذا عمل أحدهما كان العامل معيناً لشريكه فيما لزمه بالقتل فوقع عمله فكأن الشريك استعان بأجنبي حتى عمل ، وهذا جائز لأن المشروط مطلق العمل لا عمل الصلح بنفسه ، فإن القصار إذا استعان بغيره أو استأجر غيره حتى عملا يستحق القصار الأجر .

(ولا يشترط فيه) أي في عقد شركة الصلح (اتحـاد العمل والمكان) حتى إذا كان أحدهما قصاراً والآخر خياطاً أو قعداني دكانين جاز عندنا (خلافـاً لمالك وزفر « رح » فيهما) لأنه إذا كان العمل مختلفاً ففي كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذي يتقبله ، لأن ذلك ليس من صيغه فلا يحصل المقصود من الشركة .

ولنا ما قاله المصنف بقوله (لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه) أشار إلى قوله ولنـــا أن المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل (لا يتفاوت) خبر إن ، أي لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما فإن قيل قد تقدم أن من الفروع المرتبـــة على أصل زفر والشافعي « رح » في مسألة الخلط أن شركة المستقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر « رح » مع مالك « رح » في جوازها إذا كانت الأعمال منفعة ، أجيب بأن

ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز ، وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل ، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن ، فلم يجز العقد لتأديته إليه ، وصار كشركة الوجوه ، لكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحاً ، لأن الربح عند اتحاد الجنس ، وقد اختلف لأن رأس المال عمل ، والربح مال فكان بدل العمل

زفر « رح » له في هذه المسألة أعني الخلط قولان ، فذكر المصنف في تلك المسألة حكم الرواية التي لا يشترط فيها ، ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره مناقضاً .

(ولو شرط العمل نصفين) أي شرط الشريكان في شركة الفصل أن يكون العمل نصفين (والمال) أي الربح الحاصل (أثلاثاً جاز) استحساناً (وفي القياس لا يجوز) وهو قول زفر « رح » (لأن الضمان بقدر العمل) أي الضمان في كل واحد منهما بقدر عمله ، وعمله في النصف (فالزيادة عليه) أي على عمله في النصف (ربح ما لم يضمن) لأنه يؤجل الزمان فيما زاد على النصف فيكون شرط فصل الربح ربح ما لم يضمن ، وهو حرام لنهي النبي ﷺ عن ذلك (فلم يجز العقد لتأديبه) أي لتأدية هذا العقد (إليه) أي إلى ربح ما لم يضمن (وصار كشركة الوجوه) في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز إلا إذا كان المشتري بينهما على السواء ، وأما إذا شرطا التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضاً .

(ولكنا نقول) بيان وجه الاستحسان (ما يأخذه) أي ما يأخذه كل من الشريكين (لا يأخذه ربحاً) أي حال كونه ربحاً (لأن الربح عند اتحاد الجنس) أي لأن الربح لا يكون إلا عند اتحاد الجنس ، ولهذا قالوا استأجر داراً بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس ، والجنس فيما نحن فيه لم يتحد .

(وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال ، فكان) أي ما يأخذه (بدل العمل

والعمل يتقوم بالتقويم ، فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق ، وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة . قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ، حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إليه ، وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان ،

والعمل يتقوم بالتقويم) فإذا ضيقا بقدر معنى كان ذلك مهماً تقويماً للعمل (فيقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم) لأنه لم يتأد إلا ربح ما لم يضمن (بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق) وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت أو دنانير .

(والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز) تقدير هذا الكلام لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وربح ما لم يضمن لا يجوز (إلا في المضاربة) أي جاز فيها لوقوعه بمعاملة العمل في جانب المضارب المال في جانب رب المال ، وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجوداً فلزم ما لم يضمن فلا يجوز .

(قال) أي القدوري « رح » (وما يتقبله كل واحد منهما) أي من شريك التقبل (من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن كل واحد من الشريكين يطالب بالعمل ويطالب بالأجر) أي يطالب الأول بفتح اللام (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) أي يبرأ الدافع الأجر إلى كل واحد من الشريكين .

وقال الكاكي يجوز أن يراد بالدافع دافع الأجرة إليه ، أي كل واحد منهما ، وهو الظاهر ، ويجوز أن يراد بالدافع كل منهما إليه ، أي إلى صاحب الثوب يعني لو أخذ الثوب أحدهما للصبغ ، ثم دفعه إلى صاحبه غير الذي أخذه يبرأ الآخذ من الضمان (وهذا) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان ، والقياس خلاف ذلك، لأن الشركة وقعت مطلقة)

والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة تقتضي المفاوضة. وجه الإستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل. قال وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما

عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت، وإن لم تذكر الكفالة بمقتضى المعاوضة بدون التصريح.

(والكفالة تقتضي المفاوضة) فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكر (وجه الاستحسان، أن هذه الشركة مقتضية للضمان، ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا) أي لكون العمل مضموناً (مستوجب الأجر) أي مستحق الأجر (يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه) أي يقبل صاحبه عليه لو لم يكن مضموناً عليه لما استحق الاجر، لان الغرم بالغنم، فإذا كان كذلك (فجرى) أي هذا العقد (مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل) وإنما يقال بجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين، لانه فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراه، حتى قالوا إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان وصابون أو أجر أجير بيتاً لمرة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة، لان التنصيص على مفاوضته لم يوجد، وبقاء الإقرار يوجب المفاوضة.

(قال) أي القدوري « رح » (وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما) يعني بوجاهتهما، وأمانتهما عند الناس فيبيع الناس فيهما السلعة بالنسبة لامانتهما، وقال بعضهم إنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه لانه ليس لهما مال ولا عمل فجلس كل واحد منهما ينظر إلى صاحبه.

ويبيعا ، فتصح الشركة على هذا سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهـــة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال ، وإذا أطلقت تكون عناناً لأن مطلقه ينصرف إليـــه وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي « رح » والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركتنا تقبل . قال وكل واحد منهما وكيـل

(ويبيعا) عطف على قوله أن يشتريا (فتصح الشركة على هذا) أي على كونهمـــا مشتريين وجوها (سميت به) أي شركة الوجوه على تأويل العقد (لانه لايشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس) الوجه والجاه بمعنى واحد ، يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه عند الناس . قال الله تعالى ﴿ وكان عند الله وجيهاً ﴾ ٦٩ الاحزاب (وإنما) أى شركـــة الوجوه (تصـــح مفاوضة) إذا كان الرجلان من أهل الكفالة (لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال) أى الثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ، ويكون المشترى بينهما نصفين ، ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو مـــا قام مقـــامه .

(وإذاأطلقت) أى شركة الوجوه بحيث لم يذكر في الكفالة » ، إذ الوكالة (تكون عناناً ، لان مطلقه) أى لان مطلق عقد الشركة الضائع (ينصرف إليه) أى إلىالعنان، لكون المعتاد بين الناس (وهي) أى شركة الضائع (جائزة عندنا) وبه قال أحمد«رح» (خلافاً للشافعي « رح ») وبقوله قـــال مالك « رح » (والوجه من الجانبين) أى من جانبنا وجانب الشافعي « رح » (ما بيناه في قوله المستقبل) وهو أن الربح عنده فرع المال ، فإذا لم يعد المال لا تنعقد الشركة ، وقلنـــا إن الشركة في الربح مسندة إلى العقد شركة إلى آخره .

(قـــال) أى القدورى « رح » (وكل واحد منهما) أى من الشريكين (وكيل

الآخر فيما يشتريه لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين الوكالة، فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان. فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها،

الآخر فيما يشتريه، لان التصرف على الغير لا يجوز إلا بالوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين الاول) أى الوكالة (فإن شرطا) أى الشريكان (أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك) يكون بينهما نصفين (يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه) أى في الربح فإن شرط لاحدهما الفضل يبطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما.

(وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك) أى يكون أثلاثاً يجعل لما ذكرنا، وهو إشارة إلى المساواة في اشتراط الربح (وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان) أشار بهذا إلى أن الاستحقاق يكون بأحد الأمور الثلاثة ثم أوضحها بقوله (فرب المال يستحقه) إلى الربح (بالمال والمضارب[1]) أي يستحق المضاربة الربح (بالعمل والاستاذ الذي) يجبس الرجل على دكانه وهو تلميذه الذي يعمل له بالأجر، وبعد ذلك (يلقي العمل) من الإلقاء (على تلميذه[2]) الذي أجلسه على دكانه (بالنصف) يعني نصف الربح (بالضمان) يعني يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك العمل فكأن العمل مضموناً على الاستاذ والقيد بالنصف اتفاقي فإنه يجوز أن يبلغ بأقل من النصف.

(فلا يستحق بما سواها) أي فلا يستحق الربح بما سوى الثلاثة المذكورة، يعني

---

(١) والمضارب يستحقه. هامش.

(٢) على التلميذ. هامش.

ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني ، واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا، والضمان على قدر الملك في المشترى ، وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة . والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناه من حيث أن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه ، فيلحق بها والله أعلم ..

الاستحقاق لا يكون إلا بواحد من الوجوه الثلاثة المذكورة دون غيرها ، فإن قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة بزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الأمور العامة والخاصة ، والعمل بالتجارة. أجيب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل إنما تجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ها هنا . (ألا ترى) توضيح لقوله فلا يستحق بما سواها (أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني) الثانية المذكورة (واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان) هذا عود إلى البحث لإتمام المطلوب ، يعني أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (على ما بينا) إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله إن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلا يجوز العقد لتأديته إليه وصار شركة وجوه ، وقيل هذا إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق ... إلى آخره، والضمان على قدر الملك يقرر هذا أن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان .

(والضمان على قدر الملك في المشترى فكان [1] الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة) فإنه يصح منها لما ذكرنا من وجوه مقابلة بالمال والعمل والوجوه أي شركة (والوجوه ليست في معناها) لأن المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين . وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال (بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث أن كل واحد منهما) من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب (يعمل في مال صاحبه) رب المال (فيلحق بها والله أعلم) أي بالمضاربة.

---

(١) وكان – هامش .

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد ، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره ، فلا يصلح نائباً عنه

(فصل في الشركة الفاسدة)

أي هذا فصل في بيان أحكام الشركة الفاسدة ، وأخر الشركة الفاسدة لانحطاطها شرعاً (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا) كله لفظ القدوري « رح » وزاد المصنف عليه بقوله على هذا الحكم (الاشتراك) الأخذ (في أخذ كل شيء مباح) كاحتباء الثمار من الجبال والبراري كالفستق والجوز واللوز وغير ذلك وطلب الكنوز من المعادن ، ونقل الطين من موضعه لا يملكانه أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك وبه قال الشافعي « رح » ، وعند مالك وأحمد « رح » يجوز لأن هذه شركة الابدان فيجوز كما في الصباغين ، وكذلك إن اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك أو يطبخا آجراً فإن كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكاً واشترطا ذلك وطبخا به ويبيعا جاز وهو شركة الوجوه (لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح) هذان دليلان على المطلوب تقرير الأول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضي صحة أمر الموكل بموكل به ، وهو أخذ المباح وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادق غير محل ولايته ، وتقرير الثاني التوكل بأخذ المباح باطل . أشار إليه بقوله (والوكيل يملكه بدون أمره) أي بدون أمر الموكل ومن ملك شيئاً بدون أمر الموكل .

(فلا يصلح) أن يكون (نائباً عنه) أي عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف

وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ ، وإحراز المباح ، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل ، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف « رح » لا يجاوز به

فيما هو ثابت للموكل ، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم إثبات الثابت ، فإن قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه أنه يجوز مع أن التوكيل يملك الشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ، فعلم أنه لا يشترط بصحة التوكيل أن لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل. أجيب بأنه لا يشكل لما أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب ، لأن التوكيل في الاحتطاب في الحطب المعين وغيره سواء في عدم صحة التوكيل في أمر مباح لها .

وقال الاكمل وجوابه أن معناه يملك بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النفس ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء (وإنما يثبت الملك) وبما ذكر أن الشركة لا تصح في الأشياء المذكورة شرع في بيان أن ملك هذه الأشياء بماذا يثبت فقال إنما يثبته (لهما بالأخذ وإحراز المباح) أراد أن سبب تلك المباحات أخذها وحيازتها ، فكل من قاربه بالسبب فإن بها (فإن أخذاه معاً) أي فإن أخذ الأشياء المباح مجتمعين (فهو) أي المأخوذ (بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الإستحقاق) وهو الاخذ والحيازة .

(وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب فيه أي في الآخذ وهو الاخذ (وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ) لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فلزمه أجر مثله على الكمال (عند محمد «رح » وعند أبي يوسف « رح » لا يجاوز به

نصف ثمن ذلك وقـــد عرف في موضعه ، قال وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لا تصــح الشركة ، والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثـــل الراوية ، وإن كان العامل صاحب البغل ، وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل . أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء ، وأمـا وجوب الأجر فلان المباح إذا صار ملكاً للحرز وهو المستقي فقد استوفى

نصف ثمن ذلك) فقوله لا يجوز على بناء المفعول ، ونصف ثمن ذلك بالرفع لانه قائم مقام الفاعل .

(وقد عرف في موضعه) أي في باب الإجارة الفاسدة وقال الاترازي أي في كتاب الشركة من المبسوط (وقـــال) أي القدوري « رح » (وإذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها المـــاء والكسب بينهما لا تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية وإن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراويـــة فعليه أجر مثل البغل) أي هذا كلام القدوري « رح » .

فقال المصنف (أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء) وقد مر أن الشركة في المباحات باطلة كالاصطياد ، فإذا فسدت الشركة كان الكسب للمنفي خاصة كما في الشركة في الاصطياد فيكون الصيد لمن أخذ وأحمل معنى فيه وهو الأظهر من قول الشافعي « رح » وعلى قيـــاس قول أحمد ومالك « رح » ينبغي أن تجوز ذكره في المغني لابن قدامة ، وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » فيه لأن في قول يصح والثاني أن الكسب للمستقي ، وقال بعض أصحابه إن كان الماء مملوكا للبيهقي فالكسب له وعليه أجر مـــا حمل عليه ، وإن كان مباحاً فالكسب على الشركة .

(وأمـــا جواب الأجر) أي أجر مثل البغل أو الراوية لصاحب البغل ولصاحب الراوية (فلأن المباح إذا صار ملكاً للحرز) بكسر الراء وهو (وهو المستقي فقداستوفى

في منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكـــل شركة فاسدة فالربح فيهـــا على قـــدر المـــال ، ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيها تابـع للمال فيتقدر بقدره ، كما أن الريع تابع للمبذر في المزارعة ، والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الإستحقاق على قدر رأس المال . وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة

منافـع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمـه أجره) الراوية في الأصـل بعير السقاء لأنه يروي الماء في محله ثم كثر حتى استعمل في المرادة، وهي المرادة ها هنا .

قال أبو عبيدة « رض » المرادة لا تكون إلا من جلدين مقـــام بجلد ثالث بينهما للسقي والجمع للراد ومزائد (وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل) هذا لفظ القدوري « رح » .

قال المصنف (لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره) أي تقدير الربح بقدر المـال (كما أن الريع) بفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف وبالعين المهملة وهو النماء والزيادة (تابع للمبذر في المزارعة) كما عرف في موضعه، وقال الأكمل قوله الربح فيه تابع . . إلى آخره فيه نظر لأن الربح عندنا فرع العقد كما مر ، وكل فرع تابع وكونه تابعاً للمال إنما هو مذهب الشافعي كما تقدم ، فكان الكلام متناقضاً ، والجواز أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً وهاهنا قد فسر كيد العقد فيكون تابعاً للمال لأنه شرط فإن العلة إذا لم تصح لإضافة الحكم إليها يضاف إلى الشرط .

(والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت) أي التسمية لفساد العقد لكونـــه واجب الدفع فصار كالتسمية لم يوجد أصلا (فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال ، وإذا مـــات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة) هـــذا لفظ القدوري « رح » .

لأنها تتضمن الوكالة، ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل، ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنـــه عزل قصدي والله أعلم

وقال المصنف (لأنها) أي لان الشركة (تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر) فيما مضى في هذا الفصل (والوكالـــة تبطل بالموت) أي بموت الموكل (وكذا) أى تبطل (بالالتحاق) أى التحاق بدار الحرب حال كونه (مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه) أى إلحاق على الوجه المذكور (بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل) أى في باب أحكام المرتدين بقوله ولنا أن باللحاق صار من أهل الحرب لهم أموان فى أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموت .

(ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه) أي لأن الموت (عزل حكمي) لتحول ملكه إلى وارثه فلا يتوقف حكمه على العلم لثبوته ضمناً،ألا ترى أن الوكيل يعزل بموت الموكل وإن لم يعلم به .

(وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة)ومال الشركة دراهم أو دنانير (حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي) أي لأن فسخ أحد الشريكين عزل يقصد فيعتمد العلم لأنه نوع حجر فشرط علمه ثبوت الحجر دفعـــاً للضرر عنه واعترض بأنـــه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة ، فاذا كان كذلك كانت تابعة لنا ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع. وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لا تصح الشركة بدونها أشار المصنف إلى ذلك أيضاً بقوله ولا بـــد منها أي من الوكالة لتحقق الشركة ، وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروط بدونه .

فصـــل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه لأنه ليس من جنس التجارة ، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته ، فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن ، علم باداء الأول أو لم يعلم ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا لا يضمن إذا لم يعلم ، وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه .

(فصل)

أي هذا فصل وقد ذكرنا غير مرة أن لفظ إذا فصل عما بعده لا يكون معرباً لأن من شرط الإعراب التركيب فيكون حكمه مثل أحكام الأسماء المفردة إذا ذكرت بغير تركيب (وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه) هذا لفظ القدوري « رح » وقال المصنف (لأنه) أي لأن دفع زكاة صاحبه (ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة « رح »).

(وقالا لا يضمن إذا لم يعلم) وإن علم ضمن ، هكذا ذكر في كتاب الزكاة في الزيادات للعتابي لا يضمن وإن علم عندهما وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع ماله إلى رجل ليكفر عنه كفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور ، وعلى هذا الخلاف المأمور بأداء الزكاة وهو إشارة إلى وجوب الضمان (وهذا) على الثاني خاصة (إذا أديا على التعاقب) يعني أحدهما عقيب أداء الآمر .

(أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) فان قيل إذا أديا معا ينبغي أن لا يجب الضمان عند أبي حنيفة « رح » لعدم السبق ، إذ الموكل لم يقع فعلى الوكيل فعلا قلنا إذا الموكل إن لم يسبقه تحقيقاً فقد سبقه اعتباراً أو تقديراً ، لان يصرف الموكل

وعلى هذا الإختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه. لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير ، وقد أتى به فلا يضمن الموكل وهذا لأن في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه ، وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أولا . ولابي حنيفة « رح » أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً ، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر

على نفسه أقرب من تصرف الوكيل اليه فيصير سابقاً معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل إذا باعا وخرج الوكيل مع فقد تبع الموكل دون الوكيل .

(وعلى هذا الاختلاف المذكور المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به) أي بما أمر به (فلا يضمن للموكل . وهذا) أي عدم ضمانه للموكل (لان في وسعه التمليك) من الفقير (لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل ، وإنما يطلب منه ما في وسعه) والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فكذا لم يضمن الثاني ، وإن لم يقع ما أداه زكاة .

(وصار) أي المأمور هنا (كالمأمور بذبح دم الاحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا، ولابي حنيفة « رح » انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بفتح الدال المهملة (لم يقع زكاة فصار) أي المأمور (مخالفاً وهذا) أي كونه مخالفاً (لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر انه لا يلتزم الضرر) بيانه أن زوال ملكه في بعض ماله ضرر وفي دفع الوكيل سبيل الزكاة عند ذلك

إلا لدفـــع الضرر ، وهـذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولاً علم أو لم يعلم لانه عزل حكمي ، وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فـرق ، ووجهه أن الدم ليس بواجب عليـه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنا الاداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار . قال وإذا أذن أحد المتفاوضين

وبقاؤه في عهدة الواجب أيضاً ضرر وهو لم يلزم ضرر دفع الوكيل ماله .

(إلا لدفع ضرر آخر) وهو إسقاط الواجب عن ذمته ، لان المقصود من الأمر بأداء الزكاة إخراج النفس عن عهدة الواجب (وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه) أي عن المقصود (فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي) فلا حاجة إلى العلم (وأما دم الإحصار) جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار (فقد قيل هو على هذا الخلاف) يعني يضمن عند أبي حنيفة « رح » فهذا جواب على سبيل المنع ، ثم أجاب بطريق التسليم بقوله (وقيل بينهما فرق) يعني ولئن سلمنـا لا يضمن بالاتفاق ، لكن قيل إن بينهما فرق أشار إلى الفرق بقوله :

(ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه) يعني أن دم الإحصار ليس بواجب لا محالة لانه لو يصبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار وهو معنى قوله (فانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنـا) وهي مسألة الزكاة (الاداء) أي أداء الزكاة (واجب فاعتبر الإسقاط) أي إسقاط الواجب (مقصوداً فيه) وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه فعرى فعل المأمور من المقصود فضمن (دون دم الإحصار) لأنــه ليس بواجب البتة كما ذكرنا .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية

لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل. فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة « رح ». وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك، فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة، وهذا لان الملك واقع له خاصة، والثمن بمقابلة الملك، وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جرياً على مقتضى الشركة، إذ هما لا يملكان تغييره

فيطؤها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة « رح » وقالا يرجع عليه) أي على المأمور (بنصف الثمن، لأنه) أي لأن المأمور (أدى ديناً عليه) أي على نفسه (خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة) تحقيق هذا أن الحاجة إلى الوطء من الحوائج الأصلية إلا أنها ليست بلازمة كالطعام ولم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط بخلاف الحاجة إلى الطعام فإنها لازمة فكانت مستثناة بلا شرط ثم بالتصريح على الوطء التحق بحاجة الطعام، فوقع شراء الجارية لشركة المشتري خاصة.

(وهذا) بيان بقوله أدى ديناً عليه خاصة (لأن الملك واقع له خاصة) بدليل حل وطئها (والثمن بمقابلة الملك) فكان الدين عليه خاصة (وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن الجارية دخلت في الشركة على البتات) بعصبته عقد المعاوضة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكلما دخل في الشركة فأدى المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع على صاحبه بشيء كما لو اشترى الجارية قبل الإذن، وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله (جريا على مقتضى الشركة) أي شركة المفاوضة، فان ذلك يقتضي دخول ماليس بشيء كالطعام والكسوة بحقها وشربة الجارية ليس بشيء فيدخل تحتها.

(إذ هما لا يملكان) أي الشريكان (تغييره) أي بغير مقتضى شركة مع بقائها

فأشبه حال عـــدم الإذن ، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه ، لان الوطء لا يحل إلا بالملك، ولا وجه إلى إثباته بالبيـع لما بينـــا أنـــه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة ، فيقـع الملك له خاصة بنفس العقد ، فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة، وفي مسألتنا قضى ديناً عليهما لما بينا ، وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق ، لانه دين وجب بسبب التجارة ، والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

(فأشبه حال عدم الاذن) أي صار كما لو اشتراها بغير إذن الشريك ، غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه أما من قوله فأشبه حال عـــدم الاذن فكأنه توهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن، وهناك لم يحل وصيها، وبعد الاذن يحل أشار إلى ذلك بقوله (غيرأن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة) إشارة إلى قوله جرياً على مقتضى الشركة (فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن) فكأنه قال : إشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك، فجازت الهبة في السابع لأن الجارية مما لا ينقسم .

(بخلاف الطعام والكسوة) حيث تقع للمشتري خاصة (لأن ذلك مستثنى عنهـــا للضرورة فيقع الملك له) أي للمشتري ، وإنما رجع للضمير إليه وإن لم يذكر لظهور فهمه لأن الشهوة قائمة مقام الذكر (خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة، وفي مسألتنا) أي فيما اشترى أحد المتعاوضين الجارية للوطء بإذن الآخر (قضى ديناً عليهما لما بينا) أنها دخلت في الشركة .

(وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما) أي الشريكين (شاء بالإتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفاله) فيطالب المشتري إن شاء وإن شاء يطالب شريكه لأنه كفيل (فصار كالطعام والكسوة) أي فصار حكم الجارية المشتراة للوطء بالإذن كالطعام والكسوة المشترك يطالب البائع أيهما شاء ، فإذا استحقت الجارية فعلى الواطىء العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء ، والله أعلم .

كتاب الوقف

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم بـــه الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقـــد وقفت داري على كذا .

(كتاب الوقف)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوقف ، وقال الشراح كلهم مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال وليس بموجبة كما يبين الوقف في اللغة الحبس من قولهم وقفت الدابة إذا تبعته في السير .

وقال ابن دريد الوقف مصدر وقفت الدابة أقفه وقفاً ووقف بنفسه وقوفاً يتعدى ولا يتعدى ، ومنه وقف الأرض على ولده لأنه جنس الملك عليه ، وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وتجمع على أوقاف كوقت يجمع على أوقات ، وقالوا لا يقال فيه أوقفه إلا في لغـة مردية فلسته كذا في الصحاح .

وقال شمس الأئمة الوقف شريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير وسيجيء مشروحاً (قال ابو حنيفة «رح» لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت دارى على كذا) هذا كلام القدوري «رح» غير أن المصنف «رح» قدم ذكر لفظ أبي حنيفة «رح» ولفظ القدوري «رح» لا يزول ملك الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة «رح» إذا مت فقد وقفت داري على كذا ، هذا كلام غير المصنف والباقي مثله ، وفي المحيط لشمس الأئمة الحلواني بشرط جواز الوقف على قول أبي حنيفـة وزفر «رح» أن يكون موصى به حتى لو لم يوصي به لا يصح وتبقى على ملكه جواز له بيعه ، ولو ورث عنه إلا أن يخبر الورثة فيصير جائزاً أو يتأبد الوقف .

وقال أبو يوسف « رح » يزول ملكه بمجرد القول ، وقال محمد « رح » لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه اليه . قال « رح » الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة أو وقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة « رح » حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية

(وقال أبو يوسف «رح» يزول الملك بمجرد القول ، وقال محمد «رح» لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه) هذا أيضاً لفظ القدوري ، وهذا يدل على أن الوقف عندهما جائز في حال الصحة أو المرض ، إلا أنهما اختلفا فيما بينهما ، قال أبو يوسف « رح » يجوز مشاعاً كان أو منوعاً سلمه إلى المتولي أو لم يسلمه شرط التأبيد أو لم يشرطه ، وقال محمد «رح» لا يجوز إلا باستجماع شرائطه وهي ثلاثة أن يكون مقسوماً مخرجاً من يده سلما إلى المتولي وإن شرطا فيه التأبيد وهو أن يجعل آخره إلى سبيل خير لا ينقطع أبداً كذا قال في الاسبيجابي .

(قال) أي المصنف «رح» (الوقف لغة) أي من حيث لغة العرب (هو الحبس يقول وقفت الدابة أو وقفتها بمعنى) أي بمعنى واحد وقد مر الكلام فيه مقتضى (وهو) أي الوقف (في الشرع عند أبي حنيفة «رح» حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) على الفقراء أو على جهة من سبيل الخيرات (بمنزلة العارية) يعني جواز الوقف عند أبي حنيفة « رح» جواز العارية فيرجع فيه ويباع ، وفي شرح الطحاوي الوقف عند أبي حنيفه « رح » على ثلاثة أوجه في وجه لا يجوز وهو ما إذا وقف داره أو أرضه في صحة فلا يجوز وإن اشترط التأبيد وسلمه إلى المتولي ويجوز بيعه ويكون ميراثاً عن الواقف وفي وجه يجوز ، وهذا إذا وقفه في حال حياته وجعل وصيه بعد وفاته فإنه يجوز من ثلث ماله ، وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية وهو ما إذا وقف في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته .

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة « رح » أنه يجوز في هذا كله كالوصية بعد وفاته ، وقيل الوقف جائز عند أبي حنيفة «رح» لكن ليس بلازم حتى تجوز اعادته إلى يده ، ولو

ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح، فلا يجوز الوقف أصلاً عنده وهو الملفوظ في الأصل، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث.

قضى القاضي بلزومه يلزم بالإجماع لأنه مجتهد فيه، وعندهما «رح» لازم على كل حال وهو قول الشافعي «رح».

(ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلاً عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» (وهو الملفوظ في الأصل) يعني عدم جواز الوقف عنده هو الملفوظ في المبسوط فإنه قال عنه، فإن أبا حنيفة «رح» لا يجيز ذلك.

وقال قاضي خان وظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف، وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل بالأحاديث المشهورة واجماع الصحابة رضي الله عنهم إلا عند أبي يوسف ومحمد «رح» وعامة الفقهاء «رح» اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك، فيلزم ولا يملك وهو الأصح عند الشافعي وأحمد «رح» وقال الشافعي في قول وأحمد «رح» في رواية ينتقل إلى مال الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لامتناع السايبة، وعند مالك «رح» هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وقال أبو العباس «رض» من أصحاب الشافعي «رح» وهذا قول آخر للشافعي وأحمد «رح» لأنه ﷺ حبس الأصل وسبل الثمرة.

(والأصح) أي أن الوقف (أنه جائز عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» (إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية) فإنها جائزة غير لازمة، فإذا كان كذلك فتصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الوقف فله أن يرجع ويجوز بيعه، ويورث عنه (وعندهما حبس العين) أي الوقف حبس العين (على حكم ملك الله، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث) حاصل

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل. لهما قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها، لا يباع ولا يورث ولا يوهب

هذا أن تقدير الوقف عندهما أن يقول إزالة العين عن ملكي إلى الله عز وجل وجعلته محبوساً في ملكه، ومنفعته للعباد، وإذا كان تقدير الوقف هذا عندهما أصح ولو لم يكن يوصي به فيلزم ولا يباع ولا يورث.

(واللفظ ينتظمها) أي لفظ الوقف ينتظم أي يتناول ما قال أبو حنيفة «رح» وهو حبس العين على ملك الواقف ويتناول مـــا قال صاحباه وهو حبس العين على ملك الله (والترجيح بالدليل) أي ترجيح أحد المذهبين على الآخر بالدليل وشرع بعد ذلك في بيان الدليل فقال :

(لهمـــا) أي لأبي يوسف « رح » ومحمـــد « رح » قوله عليـــه السلام. (قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنـــه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة « رح » كلهم عن نافع رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنه قال أصاب عمر رضي الله عنه بخيبر أرضاً فأتى النبي ﷺ فقال أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني بـــه قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق عمر رضي الله عنه أنه لا يباع أصلهـــا ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى، وفي سبيل الله، والمصنف « رح » لاحتـــاج على من وليها أن تأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقـــاً غير مشمول، وفي رواية البخاري أن هذا المال عما كان نخلا.

وأخرج الطحاوي بإسناده عن نافع عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه استشار النبي ﷺ في أن يتصدق بماله فسمع فقال رسول الله ﷺ تصدق به تقسم ثمره ويحبس أصله لا يباع ولا يوهب .. انتهى.

وفيه نص عليه السلام أن الوقف لازمة الفروع خلافاً لمن يبطله جملة وهو قول شريح «رح» وفيه أن الوقف لا يجوز بيعه ولا هبته، ولا يكون ميراثاً، وفيه أن الوقف يجوز بلفظ حبسه بل الأصل فيه هذا اللفظ لأن معنى الوقف في اللغة الحبس، وفيه أن يقسم الموقف له أن

ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك ، وجعله الله تعالى إذ له نظير في الشرع وهو المسجد

يتناول من عليه الوقف بالمعروف ولا يتناول أكثر من حاجته هذا إذا لم يعين له الواقف شيئاً معيناً .

فإذا عينه له أن يأخذ ذلك قليلا أو كثيراً ، قوله ثمغ بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم ، وبالعين المعجمة وهي بقعة على نحو سبيل من المدينة ، ويسمع كمب لهافقال البكري مع تلقاء المدينة كان فيها مال لعمر رضي الله عنه فخرج إليه يوماً ففاتته صلاة العصر ، فقال اسعلين تمنع عن الصلاة .. أشهدكم أنها صدقة .

وقال الاترازي « رح » وقد وقع سماعنا هنا بلا تنوين ، وقد أثبت في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منسوباً وغير منسوب ، كما في وعد ، وقال الكاكي « رح» ونسخة مولانا حافظ الدين بغير تنوين للعلمية والتأنيث .. انتهى .

قلت سبحان الله هذا الكلام منهما كلام من لم يميز بالنحو ، وقد ثبت فيه الأمثل هذا يجوز فيه الوجهان عدم الصرف للعلتين المذكورتين ، وجواز الصرف بسكون وسطه فإنه يقاوم أحد العلتين فبقي الاسم بعلة واحدة ، فلا يمنع من الصرف (ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه) أي من الوقف (ليصل ثوابه إليه) أي إلى الواقف (على الدوام ، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى) يمكن يكون هذا جواباً عما يقال كيف يلزم الوقف ويخرج عن ملكه لا إلى مالك وتقدير الجواب أنه يمكن أن يدفع حاجة الواقف عن ملكه بإسقاط عنه ، وجعله لله تعالى فإذا جعل لله تعالى يلزم ، ويدوم ويصل إليه ثوابه .

(إذ له نظير في الشرع) هذا أيضاً جواب عما يقال كيف يخرج الوقف عن ملكه ولا يدخل في ملك أحد وهو محال ، وتقدير الجواب أن هذا له نظير في الشرع (وهو المسجد) فإن اتخاد المسجد يلزم بالاتفاق وهو إخراج الملك من المنفعة ، وهو مالك ، ولا يدخل في ملك أحد ، وكالعبد المشترى لخدمة الكعبة ، فإنه يصح ولا يدخل في ملك

في المبسوط ، ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معايشهم ومعادتهم كسائر الخانات والرباطات ، واتخاذ المقابر ، ويسدلون بالعتق أيضاً ، فإنه إزالة الملك لا إلى مالك ،وصح ذلك على قدر التقرب .

(فيجعل كذلك) أي فيجعل الوقف كالمسجد ، وفي فتاوى قاضي خان، ولم يأخذ ، والقول قول أبي حنيفة «رح» للآثار المشهورة عن النبي ﷺ والصحابة وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات أولها وقف خليل الرحمن صلوات الله عليه فهي باقية إلى اليوم، وكذا أوقاف الصحابة رضوان الله عليهم بمكة والمدينة .

(ولأبي حنيفة قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (لا حبس عن فرائض الله تعالى) هذا أخرجه الدارقطني في مسنده في الفرائض عن عبد الله بن لهيعة عن أخيه عيسى بن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ لا حبس عن فرائض الله وعبد الله بن لهيعة وأخوه عيسى ضعيفان ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً على علي رضي الله عنه فقال حدثنا هشام عن اسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله تعالى إلا إن كان من سلاح أو كراع .

وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع، حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن سعد بن عون عن شريح قال جاء محمد ﷺ ببيع الحبس، وأخرجه البيهقي. قوله لا حبس عن فرائض الله تعالى،أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوجلة والحاسي ، ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ، ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا ما قام عليه الدليل .

وقال شيخ الإسلام خواهر زادة « رح » الحبس ما كانوا يفعلونه في الإبتداء قبل سورة النساء كانوا يحبسون العين على ملكهم، ويتصدقون بالغلة ويرون أن يبيع الأصل ممتنعاً لمكان

وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس ، ولأن الملك باق فيه، بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك ، والملك فيه للواقف ، ألا ترى أن له ولاية

الصدقة بالعلة فجاء محمد ﷺ ونسخ هذا وجوز بيعه ، والمعنى هذه المسألة أن هذا تصدق بالعلة المعدومة لا بالعين فلا يمنع البيع ولا الارث إذا لم يكن موصى به قياساً على ما لو قال تصدقت بعلة هذه الأرض على الفقراء والمساكين أبداً .

وفي مبسوط شيخ الإسلام « رح » الاستدلال بهذا الحديث غير مستقيم لأنه إنما يستقيم هذا إذا تعلق به حق الوارث ، فأما إذا كان الوقت قبل التعلق فليس حبس عن فرائض الله كالتصدق بالمنقولات ، فإن قلت قال ابن حزم «رح» قولهم لا حبس عن فرائض الله قول فاسد لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة والوصية بعد الموت ، فكل هذا سقط لفرائض الله .

قلت لا نسلم أن هذه الأشياء سقط فرائض الورثة ، أما الهبة والصدقة فإنها يكونان في حياة الرجل ، ففي ذلك الوقت وفرائض للورثة وأما الوصية فإنها لا تنعد إلا عن الثلث ، ففرائض الورثة في الثلثين ، فإن قلت هذا الحديث ضعيف كما مر من جهة أبي حنيفة « رح » وآخر فكيف يستدل به لأبي حنيفة « رح » .

قلت أخرجه الطحاوي بأتمه بإسناد صحيح ، فقال حدثنا سليمان بن شعيب عن أبي يوسف « رح » عن عطاء بن السائب « رح » قال سألت شريحاً الحديث ، وفيه لا حبس عن فرائض الله ، فإن كان الذي روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ضعيف فهذا الذي روي .

(وعن شريح) صحيح ، ومع هذا جاء عنه أيضاً (جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس) كما ذكرنا وشريح هو ابن الحارث الكندي وهو قاضي عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم الخلفاء الراشدين المهديين ، ومعنى جاء محمد ﷺ جاء شرعه ببيع الحبس .

(ولأن الملك باق فيه) أي في الوقف (بدليل أنه يجوز الإنتفاع به) أي بالوقف (زراعة وسكنى وغير ذلك) نحو إسكانه وإجارته كما يشفع بالمملوكات (والملك فيه للواقف) بدليل تصرفه فيه بالأشياء المذكورة ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن له ولاية

التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها و نصب القوام فيها ، إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ، ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً ولا تصدق عنـــه إلا بالبقاء على ملكه، ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك ، ولأنه غير مشروع مـــع بقائه كالسائبة بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف، وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى ،

التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيه) بضم القاف وتشديـد الواو جمع قائم بالأمر ، والضمير في مصارفهـــا يرجع إلى الغلات ، وفي منصب القوام فيهـــا إلى المصارف .

(إلا أنه) أي للواقف (يتصدق بمنافعه فصار) أي الوقف (شبيه العارية)من حيث أن ملك الغير قائم فيها والغير ينتفع بمنافعها (ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً) فاستدعى دوام ملك الواقف وهو معنى قوله (ولا تصدق عنه إلا بالبقـاء على ملكه) وفي بعض النسخ إلا بالبقاء على ملكه .

(ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائـــه) أي مع بقاء ملكه(كالسائبة) وهي الناقـــة التي تسيب لنذر كان الرجل يقول إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقتي سائبة ، ومعناه أن الوقف بمنزلة تسيب أهل الجاهلية من حين أن العين لا يخرج من أن يكون مملوكاً له منتفعاً به فانه لو سبب دابته لم يخرج عن ملكه فكذلك إذا وقف داره أو أرضه .

(بخلاف الاعتاق) جواب عما يقال لو كان أزال الملك لا إلى ملك غير مشروع لمـــا جاز العتق ، فلأنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لأحد فأجاب عنه بقوله (لأنه إتلاف) أي إسقاط صفة المملوكية (وبخلاف المسجد) وجواب عن قياسهم الوقف على المسجد فأجاب عنـــه بقوله (لأنه جعل خالصاً لله تعالى) أي لأجل أنه جعل خالصاً لله تعالى .

ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصاً لله تعالى. قال «رح» قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه، وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه، أمـــا في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبد فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم، والمراد بالحاكم

(ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا) أي لا ينتفع به بشيء من منافع الملك وإن كان يصلح لها، والأصل في الشرع وهو الكعبة، فانهـــا محرزة عن ملك العباد فألحقت سائر المساجد بها، والموقف ليس باحالته إلى الله تعالى كما ذكرنا، وههنا يعني في الوقف (لم ينقطع حق العبد عنه، فلم يصر خالصاً لله تعالى فقال) أي المصنف رحمه الله (قـال في الكتاب) أي القدوري « رح » في مختصره (لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته) إلى هنا لفظ القدوري « رح » غير أن فيـه لا يزول ملك الواقف عند أبي حنيفة فأسقط المصنف « رح » ذكر أبي حنيفة « رح ».

ثم قال (وهذا) أي هذا الذي ذكره القدوري (في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه) صورة الحكم إن سلم الواقف ما وقفه إلى المتولي، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه.

(أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة « رح » فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول، وهو الصحيح لأن الوقف يصدق بالعلة وهو ما لا يستدعي زوال أصل الملك.

وقال المصنف «رح» (إلا انه تصدق بمنافعه مؤبد) يعني دائما (فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم حينئذ (١)، والمراد من (٢) الحاكم) والذى ذكره القدوري « ر ح »

---

(١) و (٢) كذا الأصل.

المولى ، فأمـــا المحكم ففيه اختلاف المشايخ « رح» ولو وقف في مـرض موتـه . وقال الطحاوي « ر ح » هو بمنزلـــة الوصية بعد الموت ،

(المولى) بفتح اللام الذي ولاه الإمام عمل القضاء (فأما المحكم) بتشديد الكاف المفتوحة الذي ينفذ عليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين (فعنـه [1] اختلاف المشايخ) قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى ، وأما حكم المحكم في اليمين المضافـــة وسائر المجتهدات ، والأصح أن ينفذ ، لكن لا يفتى به ... كذا ذكر في الأقضية .

وقال في الفتاوى الصغرى الحاكم المحكم إذا قضى عليه المحكمين فظاهر الجواب أنـــه ينفذ وجواب فتاوى السمرقندى أنه لا يبعد زجراً لهم عن ذلك وإني أقول لا يحل لأحد أن يفعل ذلك ، يعني في اطلاق المصارف ولا يفتى على هذا ، وحكي عن شمس الأئمـــة الحلواني « رح » أنه قال مسألة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به ، وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز ، إلا أن القاضي الإمام الأستاذ « رح » أبا علي البيهقي كان يقول يكتم هـذا الفعل ولا يفتى به لئلا يتطرف الجهال إلى هذا فيؤدي إلى هدم مذهبنا ، فأما المذهب فرق الأول، إلى هنا لفظ كتاب فتاوى الصغرى .

(ولو وقف في مرض موته قـــال الطحاوي « رح » هو) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي « رح » ثم الحجري البصري الطحاوي ونسبه إلى طحا قرية من أعمـــال الأشمونين بالصعيد الأدنى، الإمام المحدث الفقيه الحنفى ولد في سنة تسع وعشرين ومائتين ومـــات ليلة الخميس مستهل ذي القعدة سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة بمصر ، ودفن بالقرابة، (هو) أي الوقف (بمنزلة الوصية بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب أبي حنيفة « رح » بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده ، ثم قال الطحاوي « رح » في مختصره وقد روى محمد « رح » عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز منه في مرضه ، كما لا يجوز في صحته ، ثم قال وهو الصحيح على أصوله .

---

(١) « ففيهم » – هامش .

والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يلزمه ، إلا أنه يعتبر من الثلث ، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف « رح » وهو قول الشافعي « رح » بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك عنه، وعند محمد «رح» لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد ، لان التمليك من الله تعالى ، وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً ، وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزل بمنزلة

(والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف « رح ») أي يزول الملك عن الواقف بمجرد قوله وقفت (وهو قول الشافعي « رح ») وبه قال مالك « رح » وأكثر أهل العلم ، وفي التميمه والفتوى على قول أبي يوسف « رح » ، وفي المحيط السرخسي « رح » ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف « رح» ترغيباً للناس في الوقف ، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد « رح » .

(بمنزلة الإعتاق) حيث يزول ملك المعتق بمجرد قوله اعتقت عبدي (لأنه) أي لأن الإعتاق (إسقاط الملك عنه) عن الملك (وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه) أي في الوقف (في ضمن التسليم إلى العبد ، لأن التمليك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً) فيأخذ الملك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض، وقوله وهو مالك الأشياء جملة معترضة بين اسم إن وخبرها .

(وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه) أي قد يكون التمليك تبعاً لغيره أي ضمنا لأن التمليك من الله قصداً لا يثبت لغادكم من شيء ، بل يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً فيأخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض (فينزل منزلة

الزكاة والصدقة . قال وإذا صح الوقف على اختلافهم ، وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان قوله ، وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه ، لا يتوقف عليه ، بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ، ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه ،

قال « رح » وقوله

الزكاة والصدقة) يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم إلى الفقير .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا صح الوقف على اختلافهم) أي على اختلاف العلماء في صحته حيث لا يصح عند أبي حنيفة « رح » على رواية الأصل خلافاً لصاحبيه (وفي بعض النسخ) أي في بعض نسخ القدوري « رح » (وإذا استحق مكان قوله ،وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) خلافاً للشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية .

(لأنه) أي لأن الوقف (لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه) أي على ملكه ، وجاز له إخراجه عن ملكه كسائر أملاكه وهو معنى قوله (بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه) أي كما ينفذ تصرفه في سائر أملاكه ، ومع هذا لا يجوز لعدم دخوله في ملكه (ولأنه لو ملكه) دليل بأن في عدم دخوله في ملكه أي ولأن الموقوف عليه لو ملك الموقوف (لما انتقل عنه بشرط المالك الأول) الواقف يعني ما كان يتنفل إلى من بعده ممن شرط الوقف بقوله بعد هذا الموقوف عنه إلى الفقراء رعاية لشرطه ، لكن ليس له ذلك بالإتفاق يدل على انه لا يدخل في ملك الموقوف عليه (كسائر أملاكه) أي كسائر أملاك الموقوف عليه .

(قال) أي المصنف « رح » (وقوله) أي وقول القدوري « رح » في مختصره

خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره . قال ووقف المشاع جائز عنـــد أبي يوسف « رح » لأن القسمة من تمام القبض ، والقبض عنده ليس بشرط ، فكذا تتمته ، وقال محمـــد « رح » لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط ، فكذا ما يتم به ،

(خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره)[1] يعني أن الوقف عندهما حبس العين على ملك الله تعالى ، وبزوال ملك الواقف عنه إلى الله تعـالى ، فلما زال ملك الواقف عندهما يجب أن يكون قولـه خرج على ملك الواقف قولهما بخلاف قول أبي حنيفة « رح » فـــإن بالوقف عنده حبس العين على ملك الواقف ، والتصدق بالنفقة .

فإذا كان محبوساً على ملك الواقف لا يصح قوله خرج عن ملك الواقف ، وعلى مذهب وقال الكاكي « رح » قوله يجب أن يكون قولهما مطلقاً لا يستقيم أجيب عنه قال وإذا صح الوقف الصحة عن اللزوم كالعقود الصحيحة الغير اللازمة من العارية والوكالةوالمضاربة فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قوله إذا حكم بـه فحينئذ خروجه قول الكل .

(قال) أي القدوري « رح » (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف « رح ») وبـه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » (لأن القسمة من تمـــام القبض) لأن القبض للخيارة وتمام الخيارة مما يقسم بالقسمة (والقبض عنده) أي عند أبي يوسف (ليس بشرطفكذا تتمته) وهي القسمة وهو كونه مقسوماً مقرراً ،وهذا لأن الوقف إسقاط الملك كالإعتاق ، والشيوع لا يمنع العتاق فلا يمنع الوقف أيضاً يؤيده حديث عمر رضي الله عنه أنه أصاب ما بينه وبينها من خير ، واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره عليه السلام بوقفها .

(وقال محمد « رح » لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به) أي مـا

---

(١) ذكره . هامش .

وهذا فيما يحتمل القسمة ، فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد « رح » أيضاً لأنه يعتبره بالهبة والصدقة المنفـــذة إلا في المسجد والمقبرة ، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضاً عنـد أبي يوسف « رح » لأن بقـــاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ، ولأن المهايأة فيهما

يتم به القبض وهو كونه مقسوماً ، وقال الولوالجي في فتاوى مشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف ومشايخ بخارى « رح » أخذوا بقول محمد « رح » ، ثم قال وبه يفتى ثم قال فإن رفع إلى القاضي فقضى بجوازه جاز عند الكل لأنه مختلف فيه فيصير متفقاً عليه باتصال القضاء ، وقال في خلاصة الفتاوى ولو وقفت نصف الحمام جاز يعني بلا خلاف من أبي يوسف ومحمد « رح » لأنه لا يحتمل القسمة فصار كسهم المشاع فيما لا يحتمل القسمة .

(وهذا) أي وهـذا الخلاف المذكور بين أبي يوسف ومحمد « رح » (فيما يحتمل القسمة ، وأما فيما لا يحتمل القسمة) كالحمام والرحى ونحوهما (فيجوز عند[1] الشيوع عند محمد « رح » أيضاً لأنه) أي لأن محمداً (يعتبره) أي الوقف بالنوع (بالهبـة) أي لجواز الهبة المشاعة (والصدقة المنفذة) وهي التي سلمت إلى الفقير وجعلت مملوكة له ، وفيه لا يمنع الشيوع ، وكذا في الصدقة الموقوفة ، وهي التي لم يملكها الموقوف عليه إلا إذا تصدق عليه بمنفعتها (إلا في المسجد والمقبرة) استثناء من قول أبي يوسف « رح » يعني لا يصح وقف المسجد والمقبرة فيما لا يحتمل القسمة أيضاً بـأن كان الموضع صغيراً لا يصلح بمـا أراده الواقف من المسجد والمقبرة على تقدير القسمة ، لأن المسجد خالص لله تعالى ، والشيوع بناء في الخلوص ، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وأن المساجد لله ﴾١٨ الجن.

(فإنه لا يتم) أي فإن الوقف لا يتم (مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف « رح » لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى) كما ذكرناه (ولأن المهايأة فيهما)

---

(١) مع – هامش .

في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيـــه في وقت ويتخذ اصطبلاً في وقت بخلاف الوقف ، لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة ، ولو وقف الكـــل ثم استحق جزءاً منه بطل في الباقي عنـــد محمد « رح » لأن الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعـــد موت المريض ، وقد وهب أو وقف في مرضه ، وفي المال ضيق ،

أي في المسجد والمقبرة (في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ إصطبلا في وقت بخلاف الوقف) أي وقف المشاع ، فإنه لا قبح فيه .

(لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة) بين مستحق الوقف وبين صاحب الملك (ولو وقف الكل) ذكر هذا تفريعاً لمسألة القدوري « رح » وهو أنـــه وقف عقاراً كله (ثم استحق جزءاً منه) بأن مالكه مستحقاً في النصف أو الثلث أو الربع ونحوهما (بطل) أي الوقف (في الباقي) بعد الاستحقاق (عند محمد « رح » لأن الشيوع مقارن) للقبض، لأن حق المستحق كان ثابتاً في الموقوف حال الوقف فلم يتم القبض ، وهو شرط عند محمد « رح » فبطل في الباقي لانتفاء الشرط .

(كما في الهبة) المشاعة لمقارنة الشيوع فيه عند القبض (بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض) في النصف مثلا بعد قبض الموهوب له (أو رجع الوارث في الثلثين) بأن وهب في مرض موتـــه فمات ورجع الوارث (بعد موت الواهب[1] وقد وهب أو وقف في مرضه) والحال أن الواهب وهب في مرضه أو الواقف وقف في مرضه (وفي المال ضيق) أي والحال أن في المال ضيقاً ، يعني لا مال سواه لا يسع المال الهبة ولا الوقف ، وأصله أن حكم هبة المريض حكمه الوهب حتى يصير خروجها من الثلث ، وكذلك الوقف ، ثم إن الوارث لما أبطله فيما زاد على الثلث بقي في الثلث صحيحاً، لأن حق الوارث إنما يثبت بعد الموت ، فإبطالـــه بعد الموت في القدر الذي بطل فيقدر على ذلك الوقف ولا يتعين الوقف في الجزاء الشائع .

---

(١) المريض – هامش .

لأن الشيوع في ذلك طارىء ، ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعــدم الشيوع ، ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة . قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً . وقال أبو يوسف « رح » إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدهـا للفقراء وإن لم يسمهم لهمـا أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق ، فإذا كانت الجهـة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه

(لأن الشيوع في ذلك طارىء) وهذا مجرى الرجوع في الهبـة ظاهراً ، وكذا في رجوع الورثة ، لأن حقهم يثبت في المال ثم سد فيكون طارئاً (ولو استحق جزء مميز) يعني في المسألة المذكورة (لم يبطل) أي الوقف (في الباقي لعدم الشيوع) لان المفسد هو الشيوع وهو منتف هنا .

(ولهذا جاز في الإبتداء) أي ولكون استحقاق جزء معين في المكان غير مانع جاز الوقف في ابتداء الأمر لعدم الشيوع المفسد (وعلى هذا الحكم الهبة والصدقة المملوكة) أي للفقير ، يعني إذا استحق جزءاً معيناً لا تبطل الهبة والصدقة في الباقي (قـال) أي القدوري « رح » (ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً) مثل أن يقول علي كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيث ما وجدوا .

(وقال أبو يوسف « رح » إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها) أي بعد تلك الجهة (للفقراء وإن لم يسمهم) مثل أن يثبت على كذا وكذا وعلى أمهات أولاده جاز ، صار بعدهـا للفقراء (لهما) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك) يعني لا إلى ملك (وأنـه) أي وأن زوال الملك بدون التمليك (يتأبد كالعتق) فإنه زوال الملك وهو متأبد .

(فإذا كانت الجهة) التي عينهـا الواقف(يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه) أي على

مقتضاه ، فلهذا كان التوقيت مبطلاً له كان التوقيت في البيـــع . ولأبي يوسف « رح » أن المقصود هو التقرب إلى الله تعـالى وهو موفـــر عليـــه ، لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطـع ، ومرة بالصرف إلى جبة تتأبد فيصح في الوجهـــين ،

الوقف (مقتضاه) وهو التأبيد (ولهـــذا كان التوقيت) في الوقف (مبطلا له) أي للوقف كما إذا وقف داره عشرين سنـــة فلا يجوز (كالتوقيت في البيـع) إلى عشرة أيام مثلا ، فإن قيل كيف يستقيم قوله إنه زوال الملك بدون التمليك على قول أبي حنيفة «رح» فـــان عنده الوقف حبس العين على ملك الواقف ، ولم يزل ملكه ، وهذا تناقض أجيب بأن في المبسوط والذخيرة والتتمة وغيرهـــا جعل زوال الملك بشرط التأبيد قول محمد « رح » خاصة قول أبي حنيفة « رح » .

فعلى ما ذكر في الكتاب جاز أن يكون عند أبي حنيفة « رح » روايتان أو أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بصحته ولزومه فحينئذ يخرج بالإتفاق وفرع أبو حنيفة على قول من يرى خروجه وهو قولهما كما في المزارعة .

(ولابي يوسف « رح » أن المقصود) من الوقف (هو التقرب إلى الله تعـــالى) بالتصدق بالنفقة (وهو موفر عليـــه) أي بالتقرب إلى الله تعالى موفر على جعل الوقف بجهة تنقطع وبجهة لا تنقطع (لان التقرب تارة يكون في التصرف إلى جهة تنقطع ومرة في المصرف[1] إلى جهة تتأبد) يعني لا تنقطع (فيصح في الوجهين) فعلى هذا إذا انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حياً ، وإلى ملك ورثته إن كان ميتاً .

ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف « رح » لانـــه قال وصار بعدها للفقراء فإن لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط ، والجواب أن المروي عن أبي يوسف « رح » أمران أحدهما انـــه لا يشترط التأبيـــد أصلا والثاني أنـــه يشترط، لكن لا يشترط ذكره باللسان.

والمصنف « رح » أشار إلى القول الأول بالتعليل وإلى الثاني بذكر المذهب ، واستدل

---

(١) بالصرف ــ هامش .

وقيل إن التأبيد شرط بالاجماع إلا أن عند أبي يوسف « رح » لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه لما بينا أن إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح ، وعند محمد « رح » ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص .

قال ويجوز وقف العقار

عليه بقوله (وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع ، إلا أن عند أبي يوسف « رح » لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه) أي عن التأبيد (لما بينا) فيما مضى (أنه) أي أن الوقف (إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال في الكتاب) أي قال في المختصر القدوري (في بيان قوله) أي قول أبي يوسف « رح » (وصار بعدها للفقراء ، وإن لم يسمهم) أي الفقراء .

(وهذا) أي كون التأبيد شرطاً ، وذلك عند غير أبي يوسف « رح » (هو الصحيح، وعند محمد « رح » ذكر التأبيد شرط لأن هذه صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد ولا بد من التنصيص) على التأبيد، وفي الذخيرة والأسرار لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة تصير وقفاً بالإجماع ولو لم يقل مؤبدة تصير وقفاً في قول عامة من يجيز الوقف ان الصدقة تثبت مؤبدة لأنها تحتمل الفسخ كالإعتاق، وإذا انقطعت الجهة تصرف إلى المساكين، وبه قال مالك وأحمد في رواية، والشافعي «رح» في قول ، وقال الشافعي « رح » في قول يصرف إلى أقارب الواقف المحتاجين ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي رواية عن أحمد يوضع في بيت المال .

(قال) أي القدوري « رح » (ويجوز وقف العقار) هذا لفظ ، وقال المصنف«رح»

لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ، ولا يجوز وقف ما ينقل ، ويحول . قال « رح » وهذا على الارسال قول أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود ، وقد يثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ،

(لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه) أي العقار وقد مر أن عمر رضي الله عنه وقف أرضاً تسمى ثمغ ، وفي الخلافيات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق أبو بكر بداره بمكة على وليده فهي إلى اليوم ، وتصدق عمر رضي الله عنه بربعه عند المروة على ولده فهي إلى اليوم وتصدق علي رضي الله عنه بأرضه وداره بمصر وبأمواله بالمدينة على ولده ، فذلك إلى اليوم وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بربعه عند المروة وبداره بالمدينة وبداره في مصر على ولده ، فذلك إلى اليوم ، وعثمان رضي الله عنه تصدق بدومة فهي إلى اليوم وعمرو بن العاص « رح » بالوهط بالطائف وداره بمكة والمدينة على ولده ، فذلك إلى اليوم وإلا يحضر في كثير .

(ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) هذا لفظ القدوري « رح » (قال) أي المصنف « رح » (وهذا على الإرسال) أي على الإطلاق ففي قوله في الكتاب ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول مطلقاً من غير ذكر خلاف (لقول أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف « رح » إذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها) معوما واكرها بفتح الكاف والرجع الاكار وهو الفلاح (وهم عبيده) أي عبد الواقف (جاز وكذا سائر آلات الحراثة) أي وكذا يجوز وقف آلات الحراثة مع البقر .

(لأنه) أي لأن المذكور من هذه الأشياء (تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود) وهو الغلة (وقد ثبت من الحكم تبعاً) أي بطريق التبعية (ما لا يثبت مقصوداً) أي من حيث القصد (كالشرب في البيع) أي لجواز الشرب في بيع الأرض (والبناء في الوقف)

ومحمد « رح » معه فيه لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى . وقال محمد « رح » يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف « رح » معه فيه على ما قالوا

أي ولجواز بناء الوقف تبعاً للارض ، ولا يجوز وقفه مقصوداً (وأبو يوسف « رح » معه) أي مع محمد « رح » (فيه) أي في جواز وقف المنقول .

(لأنه لما جاز إقرار بعض المنقول بالوقف عنده) أي عند محمد « رح » فيما يتعارف الناس وقفه كالمنشار والفأس والجنازة والمصحف لقراءة القرآن والقدور والمراجيل ، وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز وقفه كوقف الثياب وغيرها من الأمتعة وقال الشافعي « رح » ومالك « رح » وأحمد « رح » يجوز وقف كل ما ينتفع به مع بقاء عينه وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان ، وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فقيل جائز في قول عامة الفقهاء ، وأهل العلم إلا ما حكي عن مالك والأوزاعي « رح » أن وقف الطعام يجوز ، ولم يحكمه أصحاب مالك « رح » وليس بصحيح ، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي ، أما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي « رح » وعن أحمد « رح » لا يصح وقفها .

(فلأن يجوز الوقف فيه) أي في المنقول (تبعاً) أي من حيث التبعية (أولى) بالجواز (وقال محمد « رح » يجوز حبس الكراع) أي الخيل ، قال في ديوان الأدب الكراع الخيل ، وكذا فسره المصنف « رح » على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى ، والكراع من البعير والبقر والغنم ما استدق من الساق يذكر ويؤنث والجمع كرع وأكارع .. كذا في الصحاح ، والمراد الأول (والسلاح) أي وحبس السلاح أيضاً ، وقال المصنف (معناه) معنى قول محمد « رح » يجوز حبس الكراع والسلاح (وقفه في سبيل الله عز وجل ، وأبو يوسف معه) أي مع محمد (فيه) أي في الجواز حبس الكراع والسلاح (على ما قالوا) أي المشايخ .

---

(١) هكذا في الأصل .

وهذا استحسان ، والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل ، وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام وأما خالد فقد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى ، وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ، ويروى وأكراعه

(وهذا) أي جواز حبس الكراع والسلاح (استحسان) أي بطريق الاستحسان (والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل) أي من حبس شرط التأبيد ، لأن المنقول لا يتحقق فيه التأبيد لعدم بقائه (وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه) أي في جواز حبس الكراع والسلاح (منها) أي من الآثار (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ .

(وأما خالد رضي الله عنه فقد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال بعث النبي ﷺ عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقات فمنع ابن جميل رضي الله عنه وخالد بن الوليد رضي الله عنه والعباس رضي الله عنه فقال رسول الله ﷺ ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ، وأما خالد رضي الله عنه فإنكم تظلمون خالداً[1] رضي الله عنه فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله .. الحديث .

قوله أعتاده جمع قلة عتاد بكسر العين وتخفيف التاء المثناة من فوق وهو ما أعده الراجل من السلاح والدواب وآلة الحرب ، ويروى أنه احتبس أدراعه وأعتاده ، وقال الدارقطني قال أحمد بن حنبل « رح » قال علي بن حفص « رح » وأعتاد وأخطأ فيه وصحفه ، وإنما هو أعتده الأدراع جمع درع وهي الزروية ، وقال ابن الأثير وجاء في رواية واعبده بالباء الموحدة جمع قلة للعبد ، وقال الكاكي وروي أن خالداً جمع ثلاثمائة فرس في خلافة عمر رضي الله عنه مكتوب على لماذه حبس في سبيل الله .

(وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى) هذا غريب جداً ليس له أصل (ويروى وأكراعه) والرواية غير صحيحة من وجهين أحدهما أنها لم ينقل عن أحمد «رح» من الرواة الثقات والآخر من جهة اللفظ لأن كراعاً عليه وزن فعال، ولم يسمع جمعه على أفعال .

---

(١) أمر – هامش .

والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها ، وكذا السلاح يحمل عليها،وعن محمد « رح » أنه يجوز وقف ما فيـــه تعامـل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف ، وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنمـــا يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ، ومحمد « رح » يقول القياس قـــد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء .

(والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبـــل ، لأن العرب يجاهدون عليهـــا) . وقال الانبـــاري كان القياس أن يقول في حكمها لأن الكراع مؤنث سماعي ، قلت يجوز في المؤنث السماعي التذكير بالنظر إلى ظاهر اللفظ (وكذا السلاح يحمل عليهـا) أي كما يقوى عليها محمد عليه السلام أيضاً فيحبس كذلك (وعن محمد « رح » أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات، كالفأس والمر) بفتح الميم وتشديـد الراء هو الآلة التي يعمل بها في الطين (والقدوم) بفتح القاف وضم الدال المخففة لا غير ، وجمعه قدم قاله ابن ذرين وهي التي فتحت بها .

(والمنشار) بكسر الميم الآلة التي ينشر بها الخشب (والجنازة) بكسر الجيم وهي التي يحمل عليها الميت (وثيابهـــا) أي ثياب الجنازة ، وهي التي تغطى بهـــا الجنازة (والقدور) جمع قدرة (والمراجل) بالجيم جمع مرجل وهو قدر من نحـاس ، كذا في ديوان الادب . وقـــال ابن دريد المرجل بمعروف عرفي صحيح ، قلت الفرق بين القدرة والمرجل أن المرجل لا يكون إلا من نحاس ، فالقدرة قد تعمل من طين ويسمى المبيرام.

(والمصاحف) جمع مصحف وهو مشهور (وعنـــد أبي يوسف « رح » لا يجوز لان القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليـــه) أي على النص (ومحمد « رح » يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقـــد وجد التعامل في هذه الأشياء) أي في وقف هذه الاشياء المذكورة كالفأس والمر إلى آخره .

وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف ، وهذا صحيح لأن كل واحد تمسك للدين تعليماً وتعلماً وقراءة ، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد « رح » وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه ، وقال الشافعي « رح » كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ،

(وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف) أي لاجل إلحاق وقف الكتب يجوز وقف المصاحف ، وقال صاحب التحفة ، وعن نضر بن يحي أنه وقف كتبه على أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال في النوازل سئل أبو نصر عن رجل وقف الكتب قال كان محمد بن سلمة « رح » لا يجيزه وكان نضر بن يحي يجيزه وقد وقف كتبه وقال الفقيه ، وكان أبو جعفر يخبر ذلك وبه يأخذ ، إلى هنا لفظ كتاب النوازل ، ونضر بن يحيى من كبار علمائنا في بلخ مات سنة ثمان وستين ومائتين ، وكان تلميذاً للحسن بن زياد، ومات الحسن سنة أربع ومائتين ، وهو تلميذ أبي حنيفة ومحمد بن سلمة « رح » مات في شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين ، وأبو نصر محمد بن سلام مات سنة خمس وثلاثمائة وأبو جعفر الهنداوي مات ببخارى سنة ست وستين وثلاثمائة وهو ابن اثنين وستين سنة وكان استاذ الفقيه أبي الليث كان أبو نصر تلميذ محمد بن سلمة ونصير جميعاً ، وهما تلميذا عصام ابن يوسف القاضي ومات عصام ببلخ سنة خمس عشرة ومائتين .

(وهذا صحيح) أي قول نصر بن يحيى صحيح (لأن كل واحد) أي من الكتب (يمسك) على صيغة المجهول (للدين) أي لأجل مصالح الدين معلماً أي من حيث (تعلما وتعلماً) أي من حيث التعليم (وقراءة) أي من حيث القراءة (وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد « رح ») في جواز وقف الأشياء المذكورة ، وفي فتاوى قاضي خان اختلف المشايخ في وقف الكتب وجوزه الفقيه أبو الليث ، وعليه الفتوى .

(وما لا تعامل فيه) أي والذي لا يتعامل الناس فيه الوقف من المنقولات كالثياب والحيوان (لا يجوز وقفه عندنا ، وقال الشافعي « رح » كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احترز به عن الدراهم والدنانير ، فإن الإنتفاع الذي خلقته الدراهم والدنانير لأجله

ويجوز بيعه ويجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح . ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد منه على ما بيناه ، فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصل القياس ، وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين ، فكان معنى القربة فيهما أقوى

وهو الثمنية لا يمكن سهماً مع بقاء أصله في ملك .

(ويجوز بيعه) إحترز به عن حمل الناقة والجارية فإنه لا يجوز بيعه ، فكذا وقفه عنده أيضاً ، وقوله (ويجوز وقفه) خبر قوله كلما يمكن (لأنه يمكن الإنتفاع به ، فأشبه العقار والكراع والسلاح) ووجه أن الأصل لا يجوز وقف الكراع والسلاح ، أي فأشبه ما ينتفع به مع بقاء أصله العقار في صحة وقفه (ولنا أن الوقف فيه) أي في النقول التي ذكره .

(لا يتأبد منه) أي والحال لا بد من التأبيد ، وما لا يتأبد لا يجوز وقفه (على ما بيناه) فيما حق من اشتراط التأبيد (فصار) أي كل ما ينتفع به مع بقاء أصله (كالدراهم والدنانير) في عدم الجواز (بخلاف العقار) فإن فيه التأبيد وإن لم يذكر ولم يشترط (ولا معارض من حيث السمع) جواب عن قوله فأشبه العقار والكراع والسلاح أيضاً كالدراهم والدنانير كونه يعارض وأرجح من حيث السمع .

(ولا من حيث التعامل) جواب عما يقال ترك الأصل في الكراع والسلاح معارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المرد القدوم وغيرهما فليكن صورة النزاع مقيد على ذلك ووجه أن لها معارض من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والإماء والثياب والبسط وأمثالها (فبقي على أصل القياس وهذا) استظهار على أن إلحاق غير العقار والكراع بها غير جائز فقال (لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين) أي معظم الدين لأنه من فروض الكفاية وسنام البعير معروف .

(فكان معنى القربة فيهما) أي في الكراع والسلاح (أقوى) لأن الكراع آلة الجهاد ،

فـــلا يكون غيرهما في معناهما . قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعاً عنـــد أبي يوسف « ر ح » فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته، أما امتناع التمليك فلما بينا .

وأما جواز القسمة فلأنها تميز وافراز

الذي هو فرض كفاية ، والقربة بسائر المنقولات تطوع (فلا يكون) في معناه فلا يكون (غيرهما) أي غير الكراع والسلاح (في معنـــاهما) يقولهما ولم ينكر التعامل اعتماداً على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك في العبد ، قال صاحب المحيط وقف مائة وخمسين ديناراً على مرضى الوصية تصح وتدفع الذهب إلى إنسان بمضاربة يتعلمهـــا يستعملها ويصرف الربح ، وفي المحيط ، و كذلك وقف الدراهم ، والمكيل والموزن ، قال تاج الدين « رح » لا يجوز صرف الأودية الموقوفة في الماشان إلى الغنى ، ولا يجوز وقف الأودية فيـــه إلا إذا ذكر الفقراء ، ولو قال على الفقراء والأغنيـــاء يجوز ، وتدخل الأغنياء تبعاً .

(قال) أي القدوري (وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف « رح » فيطلب الشريك القسمة ، فيصح مقاسمته) إلى هنا لفظ القدوري « رح » ، وقال المصنف « رح » (أما امتناع التمليك فلما بينا) أشار به إلى ما ذكر في أوائل الكتاب من قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدقا بأصلها لا تباع ولا تورث ولا توهب ، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بـدون التمليك وهذا قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخرة لجهة لا يقطع أبداً ، ويجوز أن يكون إشارة إلى ما ذكر من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلى آخره ، وقوله إلا أن يكون مشاعاً استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع الساعة .

(وأما جواز القسمة فلأنها) أي فلأن القسمة (تميز وإفراز) أي تميز للحوق ، وإفراد

غاية الأمران الغالب في غـــير المكيل والموزون يكون بمعنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف، فلم يكن بيعاً وتمليكاً ، ثم إن وقف نصيبه من عقـار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعـــد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له ، فالذي يقاسمه القاضي أو يبيـع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منـــه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِماً ومقاسَماً ، ولو كان في القسمة فضـــل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف ، وإن أعطى الواقف جاز

كل نصيب منه والممنوع التمليك لا الإفراد (غاية الأمران الغالب في غير المكيل والموزون يكون بمعنى المبادلة) وهي في العقار والعروض والحيوانات للتفاوت المكيل والموزون والعددي الذي لا يتفاوت ، فإن الإفراد هو الغالب منها .

(إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف) في حق الفقراء (فلم يكن) القسمة فيه (بيعاً وتمليكاً) فرع المصنف على مسألة القدوري فقال (ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه) لأن القاضي (لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع) أي الواقف (نصيبه الباقي) من العقار وهو النصف (من رجل ثم يقاسمه الواقف المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً) بكسر السين (ومقاسماً) بفتح السين ، لأن القسمة تجرى بين اثنين ، فلا يتأتى في واحد .

(ولو كان في القسمة فضل دراهم) بأن يكون أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بأن الجودة دراهم (إن أعطى) أي المشتري (الواقف ذلك) أي فضل دراهم (لا يجوز لامتناع بيع الوقف) لان الاخذ للدراهم إذا كان الواقف يصير بائعـا بعض الوقف ، فلا يجوز بيع الوقف (وإن أعطى الواقف) أي وإن أعطى الواقف الشريك (جاز) لان

ويكون بقـــدر الدراهم شراء . قال والواجب أن يبتدىء من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ، ولأن الخراج بالضمان

الواقف مشتري لا بائع ، فكأنـــه اشترى بعض نصيب شريكه لوقفه (ويكون بقدر الدراهم شراء) أي يكون للمشتري وليس بوقف ، كذا في الفتاوى الظهيرية والكافي ، وفي النهايـــة ويصير الواقف مشترياً بمقابلة الدراهم وقفـــاً أي كذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز .

(قال) أي القدوري (والواجب أن يبتدىء من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) إلى هنا كلام القدوري ثم قـــال المصنف (لان القصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمـــة إلا بالعمارة فيثبت شرط) الواقف والعمارة اقتضى ضرورة التصدق وأيما (ولان الخراج بالضمان) معناه الغلة سبب أن ضمنت وقد مر بيانه في أول كتاب اللقيط يعني لما كان صلة الوقف للموقوف عليهم كانت العمارة أيضاً عليهم .

وقال الاكمل رحمه الله قوله الخراج بالضمان لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم لإجراء معارضة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مرة مقابلة منفعته ، ومعناه ما ذكرناه الآن ولم يبين أصلا الحديث فنقول حديث أبو عبيدة رضي الله عنه في كتاب غريب الحديث عن مروان العراري عن ابن أبي ذيب عن مملة بن حقاق « رح » وعن عروة رضي الله عنه ، وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فعله ثم لحديد غنياً كان عند البائع فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب ، ويرجع بالثمن فيأخذه ويكون له الغلة طيبة وهو الخراج ، وإنما طابت له الغلة لانـــه كان ضامنا للعبد ، ولو فات من مال المشتري لانـــه في يده إلى هنا لفظ أبي عبيـــد .

وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته ، فإنها على الموصى له بها ، ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر لهم وأقرب أموالهم هـــذه الغلة فيجب فيها ، ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهو في ماله أي ماله شاء في حال حياته ، ولا يؤخذ من الغلة لأنه معـــين يمكن مطالبته ، وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما تبقى الموقوف على الصفة الذي وقفه ، وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنهـــا بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه . فأما الزيادة على ذلـــك فليست بمستحقة عليه ، والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر

(وصار) أي حكم (كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها) أي فإن نفقته (على الموصى له بها) أي بالخدمة ، لان الغرم بإزاء الغنم والخراج بالضمان (ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر بهم) أي بالفقراء والظفر الفوز ، وإنما لا يظفر بهم لانهم لا يحصون .

(وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها) أي فتجب العمارة في الغلة (ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهي) أي العمارة (في ماله شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة) أي لا يؤخذ منها صاحبها لأنه قال في مال أي مال شاء ، وهذه الغلة أيضاً من ماله ، فلو لم يفد بذلك فمقتضى كلامه قاله الأكمل .

(لأنه) أي لأن الموقوف عليه معنى (معين يمكن مطالبته ، وإنمـــا تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه ، وإن خرب) أي الوقف (يبنى على ذلك الوصف) أي الذي كان الواقف وقفه عليه (لأنها) أي لأن العمارة (بصفتهـــا صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه ، فأما الزيادة على ذلك) أي على الوصف الذي وقف الواقف بذلك الوصف .

(فليست) أي الزيادة (بمستحقة) أي على الموقوف (عليه والغلة مستحقة له) أي للموقوف عليه (فلا يجوز صرفهـــا) أي صرف ما يستحقه (إلى شيء آخر) من زيادة

إلا برضاه . ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عنـــد البعض وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقـــاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمـــان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته. فإن امتنع من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنـــه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً والأول أولى

ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف

العبارة (إلا برضاه) أي برضاء الموقوف عليـــه (ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك) أي لا تجوز الزيادة على البنـــاء على الصفة التي وقفه الواقف عليها (عند البعض) أي بعض المشايخ .

(وعند الآخرين يجوز ذلك) أي ما يعمل من الزيادة (والأول) أي عـــدم جواز الزيادة في البناء (أصح) مما قاله البعض (لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان على ما مر) عن قريب (وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته) نفقته تجب عليه لأن الغرم بالغنم .

(فإن امتنع) أي ولده (من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردهـــا إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها) أي القاضي (تفوت السكنى أصلا والأول) أي عمارة القاضي الوقف بالأجرة (أولى) من البطالة ، لأنه يفضي إلى استيصال حق السكنى .

(ولا يجبر الممتنع) أي عن العمارة من الموقوف عليهم (على العمارة لما فيـــه من إتلاف

ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ، فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ، ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك . قال وما انهدم من بناء الوقف وآلتـــه صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه ،

ماله) بالنفقة على العمارة فله الامتناع من الضرر وهو إتلاف ماله (فأشبه امتناع) حـال هذا الممتنع (صاحب البذر في المزارعة) بأن عقد اثنان عقد الزراعة وما في عليه البذر، ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر ، وهو إتلاف ماله .

(ولا يكون امتناعه) من العمارة (رضا منه ببطلان حقه ، لأنه في حيز التردد) أي في ناحية التردد ، وذلك لأنه يحتمل أن يكون امتناعه لعدم القدرة بعدم النفقة ، ويحتمل أن يكون لرجائه إصلاح القاضي ومؤمته ، ويحتمل أن يكون لإبطال حقه بالنزول عنه، فلما ترددت الدلالة لم يثبت الرضى بالشك .

(ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك) للعين لأن الإجارة تملك المنافـــع بعوض ، والتمليك إنما يتحقق من المالك ، وهنا من لـــه السكنى ليس بمالك للسكنى ، وإنما تجب منفعة السكنى ليسهل الثواب الواقف ، ونوقض بالمستأجر فـإن له أن يؤجر الدار وليس بمالكها ، وأجيب بأنه مالك المنفعة ، ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقدمقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ، ومن له السكنى أقيمت له النفقة ، ولهذا لم يقم العين مقام المنفعة في ابتداء العقد مقام المنفعة في ابتداء الوقف ، ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره .

(قال) أي القدوري (ومن هدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قولـه وآلته يحتمل أن يكون مجروراً بالعطف على النبي بمعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن يلي خشب الوقف ، وقيد ويحتمل أن يكون مرفوعـاً بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لأنه لا يقال انهدمت الآلة (صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليـه ،

وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف ، فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود ، وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعين وصرف ثمنه إلى المرمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل.

ولا يجوز أن يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه ، وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم .

وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لا بد من العمارة ليبقى) أي الوقف (على التأبيد فيحصل مقصود الواقف ، فإن مست الحاجة إليه) أي إلى أن يعمر الوقف (في الحال صرفها) أي إلى ما انهدم من البناء وآلته (فيها) أي في العمارة (وإلا أمسكها) أي إن لم يمس الحاجة إلى العمارة في الحال سلمها (حتى لا يتعذر عليه) أي على الحاكم .

(ذلك) أي الصرف (أوان الحاجة) أي وقت الاحتياج (فيبطل المقصود) من الوقف (وإن تعذر إعادة عينه) أي عين ماانهدم (إلى موضعه بيع) أى باعه القاضي (وصرف ثمنه إلى المرمة) أي إلى الإصلاح ، يقال رم البناء يرمه رما ومرمه إذا أصلحه (صرفاً للبدل) وهو الثمن (إلى مصرف المبدل) وهو الوقف (ولا يجوز أن يقسمه) هذا لفظ القدورى ، وقال المصنف (يعني النقض) بضم النون وسكون القاف بمعنى المنقوض ، وهو اسم للبناء المنقوض (بين مستحقي الوقف) من تتمة كلام القدورى ، والنون فيه سقطت الإضافة .

(لأنه) أي لأن النقض (جزء من العين) أي من عين الوقف (ولا حق للموقوف عليهم فيه) أي في النقض (وإنما حقهم) أى المستحقين (في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم) لما فيه من الظلم ، فلا يجوز .

قال وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عنـــد أبي يوسف ، قال « رض » ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه ، أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف « ر ح » ، ولا يجوز على قياس قول محمد « ر ح » وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي « ر ح » ، وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز ،

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف « رح ») وبـــه قال أحمد « رح » وابن أبي ليلى الزهري وابن شريح من أصحاب الشافعي « رح » (قال) أي المصنف « رح » (ذكر) أي القدوري (فصلين) أحدهما هو (شرط الغلة لنفسه) والآخر هو قوله (وجعل الولاية إليه) أما الأول)وهو جعل الغلة لنفسه (فهو جائز عند أبي يوسف « رح ») وقال الولوالجي « رح » في فتـاواه ومشايخ بلخ « رح » أخذوا بقول أبي يوسف « رح » والصدر الشهيد « رح » أيضاً كان يفتي به أيضاً ترغيباً للناس في الوقف .

(ولا يجوز على قياس قول محمد « رح » وهو قول هلال الرازى « رح » وبـــه قال الشافعي « رح ») وبـــه قال مالك وهلال ألرازى هو هلال الرازى وأضيف هلال إلى الرازى لكونه من أصحاب الرازى ، وفي المغرب الرازى تصحيف . قلت مـــا وقع في نسخ الهداية إلا الرازى ، والصواب ما قاله صاحب المغرب وهو هلال بن يحي البصرى هو من أصحاب يوسف بن خالد السمتي البصرى « رح » وهو من أصحاب أبي حنيفة « رح » ووصية أبي حنيفة « رح » مشهورة يجب حفظها لكل فقيه ، وقيل إن هلالاً أخذ الفقه عن أبي يوسف « رح » وزفر « رح » أيضاً .

(وقيل إن الاختلاف بينهما) أى بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » (بنـاء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز) يعني عنـــد أبي يوسف « رح » لا يشترط ذلك خلافاً لمحمد ، فلا جرم أبو يوسف « رح » صح شرط الغلة لنفسه لأنـــه لا يشترط القبض

وقيل هي مسألة مبتدأة ، والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعـــد موته للفقراء ، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء ، ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهـــات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء ، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين ، فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقـــد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح ، لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجـــه قول محمد « رح » أن الوقف تبرع على وجـــه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض أو الكل

والإفراز ومحمد « رح » لم يصححه لأنه لا بشرطها (وقيل هي مسألة مبتـــدأة) يعني الخلاف واقع فيها ابتداء ، وقال الهندواني ليس في هذا رواية ظاهرة عن محمد « رح » إلا شيء ذكره في كتاب الوقف قال إذا وقف على أمهات أولاده جـــاز لأن الوقف عليهن بمنزلة الوقف على نفسه لأن ما يكون لأم ولده حـــال حياته يكون له .

(والخلاف) أى بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » (فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء سواء) هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني (ولو وقف وشرط البعض أو الكل) أى بعض الغلة أو كلها (لأمهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء ، فـــإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين ، فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقـــد قيل هو على الخلاف أيضاً) عند أبي يوسف « رح » يجوز وعند محمد « رح » لا يجوز .

(وهو الصحيح) احترازا عن القول الأول هو القول بالجواز بالإتفاق، ولكنه مخالف لرواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان ، فإن فيها جعل جواز الوقف عليهن بالإتفاق (وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه) أشار به إلى قوله لا بد من التسليم إلى المتوسط (فاشتراط البعض) أى بعض الغلة (أو الكل)

لنفسه يبطله ، لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصـــار كالصدقة المنفذة ، وشرط بعض بقعة المسجد بنفسه ، ولأبي يوسف « رح » ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته ، والمراد منها صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منهـــا إلا بالشرط ، فدل على صحته ، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى

أو اشتراطه كل الغلة (لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق) لأنه جعل فقه ملك فقه لنفسه .

(فصار) أي حكم هذا (كما في الصدقة المنفذة) فإنه لا يجوز أن يسلم قدراً من ماله على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له ، فهذا الشرط باطل (وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) بالجر عطفاً على الصدقة المتعذرة بأن وقف مسجداً وشرطه أن يكون البعض من نفقة المسجد له فهذا غير جائز .

(ولأبي يوسف « رح » ما روى ان النبي ﷺ كان يأكل من صدقته) هـــذا غريب ليس له أصل النعم . روى ابن أبي شيبة في مصنفه في باب الأحاديث التي اعترض بها على أبي حنيفة « رح » ، حدثنا ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه أخبرني حجة الدري قال صدقة النبي ﷺ يأكل منها أهلها بالمعروف (والمراد منها صدقته الموقوفة) بمعنى معنى قوله كان من صدقته الموقوفة وصحة هذا المعنى على صحة هذا الحديث المذكور فلم يصح ، وقد قال الأترازي « رح » وجه قول أبي يوسف « رح » ما رواه زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقتـــه ذكر الحديث شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه .. انتهى .

قلت هذا لا يغني شيئاً في الاستدلال على المدعي (ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط) لأن أكل الواقف لا يخلو من أحد الأمرين إلا أن يكون شرطاً أولا ، والثاني لا يحل بالإجماع فتعين الأول (فدل على صحته) أي صحة الشرط (ولان الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى

على وجه القربة على ما بيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه، وهذا جائز كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة ، وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ، ولأن مقصوده القربة ، وفي التصرف إلى نفسه ذلك . قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ، ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز

على وجه القربة على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر عند قوله ، ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً بقوله لهما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وإلى قوله لابي يوسف أن المقصود هو المعتبر فعلم من هذا المجموع أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة .

(فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله) أي في الخان (او يشرب منه) أي من السقاية (أو يدفن فيه) أي في المقبرة ويذكر الضمير في الموضعين باعتبار المذكور .

(ولان مقصوده) أي مقصود الواقف (القربة وفي التصرف إلى نفسه ذلك) أي حصول التقرب (قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (نفقة الرجل على نفسه صدقة) هذا الحديث رواه ابن ماجة من حديث لمقدام بن معد يكرب عن النبي ﷺ قال ما من كسب الرجل كسباً أطيب من عمل بدنه وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وروى ابن حبان عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال أيما رجل كسب مالاً من حلال فأطعمه لنفسه أو كساها فمن دون خلق الله تعالى فان له به زكاة ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(ولو شرط الواقف أن يستبدل به) أي بوقفه (أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز)

عند أبي يوسف « رح » وعند محمد « ر ح » الوقف جائز والشرط باطـــل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف « رح » وعند محمد « ر ح » الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا ، وأما فضل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف « رح » وهو قول هلال أيضاً وهو ظـــاهر المذهب ، وذكر هلال في وقفه ، وقال أقوام إن شرط الواقف

والشرط باطل وبـــه قال الشافعي وأحمد « رح » والقيـــاس لا يجوز الوقف والشرط وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في روايـــة ، وفي الفتاوى الصغرى عن السير الكبير ان استدلال الوقف باطل لا رواية .

(عند أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» الوقف جائز والشرط باطل، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف « رح ») كما هو مذهب في التوسع في الوقف ، وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار صدقة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف « رح » أيضاً ، وفي النوازل قد ذكر هلال بن يحيى هذه المسألة وقال إذا وقف على أنه بالخيار فالوقف باطل سواء بين الخيار وقتا أو لم يبين ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه قال يبين للخيار وقتاً معلوماً جاز الوقف والشرط ، وإن لم توقت وقتاً فالوقف والشرط باطلان .

(وعند محمد « رح » الوقف باطل) وبه قال هلال (وهذا) أي الخلاف المذكور (بناء على ماذكرنا) أشار به إلى أن جعل عليه الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف «رح» فانه لما جاز أن بنى الواقف الغلة لنفسه ما قام حيا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثـة أيام لرأى النظر فيه (وأما فضل الولاية فقد نص فيه) أي فقد نص القدوري في فضل الولاية بالجواز (على قول أبي يوسف « رح » وهو قول هلال أيضاً ، وهو ظاهر المذهب ، وقال هلال [1] في وقفه ، وقـــال أقوام « رح ») أي بعض المشايخ (إن شرط الواقف

---

(١) وذكر بلال — هامش .

الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد « رح » لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه . ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ، ولأنه أقرب الناس إلى هـــذا الوقف فيكون أولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ،

الولاية لنفسه كانت له ، وان لم يشترط لم تكن له ولاية ، قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد « رح ») أن الذي ذكره هلال في وقفه وهو ان تكون الولاية للواقف إذا شرط والا فلا .

(لان من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه) فان قلت مذهب محمد « رح » ان التسليم إلى المتولي شرط وشرط الولاية لنفسه هنا في التسليم فما وجهه قلت لا تسلم المنافاه لان شرط الولاية سابق ، والتسليم لا حق بعد ذلك هل يكون له الولاية ام لا ، قال اذا وجد الشرط اولا كانت له الولاية والا فلا .

(ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهة الواقف بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية ، وغيره يستفيد الولاية منه) قوله ولنا الى آخره استدلال لأبي يوسف « رح » وعبر عنه بقوله اشارة الى انه المختار (ولانه) اي ولان الوقف (اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيـه) وقال أبو نصر العمارة للباني وأما نصب المؤذن والإمام لاهل المحلة ، ولا يكون للباني منهم بذلك ، وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصبيهما من غيره كما العمارة كالقاضي ، وقال ابو الليث وبه نأخذ الا أن يريد الثاني اماماً ومؤذنا والقوم يريدون أصلح فلهم أن يفعلوا ذلك ، كذا في النوازل .

وكمن أعتق عبـــداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غـــير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعهـا من يده نظراً للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكـذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل .

فصـــل

وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقـــه ويأذن للناس بالصلاة فيه ،

(وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لانــه أقرب الناس اليه ، ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها) أى الولاية (من يده نظراً للفقراء كما له) أى للقاضي (أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكـذا) أى للقاضي أن يخرجه (اذا شرط أن ليس للسلطان ، ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليهـا غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل) لان الشرع أطلق للقاضي اخراج من كان متهما دفعاً للضرر من الفقراء ، ولو شرط الولاية لرجل فالولاية له كما شرط بلا خلاف وأن الواقف اخراجه فذلك ، ولو شرط أن ليس له اخراج القيم بطل شرطه لانه مخالف لحكم الشرع ان لازمة وكالة وهي ليست بلازمة ، ولو جعلت الولاية اليه في حياته وبعد مماته كان جائزاً وهو وكيل في حياته ووصى بعدوفاته. فرع لو قال أرضى موقوفـة ان شئت أو أجيب كان الوقف باطلا لان تعليقه بالشرط باطل ... وكذا لو قال أرضي صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت وكان الوقف باطلا ، ولو قال شئت وجعلها صدقة موقوفـــة صح لانها ابتداء وقف له .

(فصل)

لما كان أحكام هذا الفصل غير الاحكام التي قبله فصل ذلك بفصل على حدة (وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ، ويأذن للناس بالصلاة فيــه ،

فإذا صلى فيه واحـــد زال عند أبي حنيفة « رح » عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة « رح » ومحمـــد « رح » ويشترط تسليم نوعه ، وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقـــام تحقق المقصود مقامـــه ، ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفـــة « رح » وكذا عن محمـــد « رح» ، لأن فعـــل الجنس متعذر فيشترط أدناه ، وعن محمد « رح » أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب .

فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عنـــد أبي حنيفة « رح ») هـــذا كله لفظ القدورى ، وقال المصنف رحمه الله (أما الافراز فلأنه لا يخلص لله تعالى الا به ، وأما الصلاة فيـــه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ويشترط تسليم نوعه) أى يشترط تسليم كل شيء على ما لايليق به.

(وذلك في المسجد بالصلاة فيه) وهو معنى قوله وذلك بالصلاة فيه (أو لانه لماتعذر القبض) لعدم نقص حقيقته يعلم (يقام تحقق المقصود) وهو الصلاة فيه (مقامه) أى مقام القبض (ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه) أى في المسجد (في روايـــة عن أبي حنيفة « رح » وكذا عن محمد « رح » في رواية لأن فعل الجنس) وهو صلاة الكل (متعـــذر فيشترط ادناه) أى أدنى فعل الجنس وهو صلاة الواحدة لتعذر فعل الكل ، فان الواحد عن الكل فيما هو حقهم ، وفي المبسوط المسجد موضع المسجد ، وقد حصل بصلاة الواحد بلا جماعة .

(وعن محمد « رح » انه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب)أي قبل الصلاة بالجماعة في المسجد قبض باتفاق الروايات عن أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وإذا

وقال أبو يوسف « رح » يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد ، وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل .

قال ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه

صلى فيه واحد أو جماعة وأحداناً قيل يكون قبضاً فقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه عن أبي حنيفة « رح » روايتان في رواية لا يكون قبضاً وفي رواية يكون قبضاً ، وقال فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير وإن صلى فيه واحد من المسلمين صح التسليم فيه عند محمد « رح » أيضاً ، وقال في الذخيرة عن محمد « رح » أنه يشترط الصلاة بالجماعة فحصل حينئذ عن محمد « رح » روايتان أيضاً ، هذا إذا صلى فيه ، أما إذا لم يصل فيه لكنه دفع إلى المتولي فهل يكون ذلك قبضاً على قولهما فيه اختلاف المشايخ « رح » ذكره شيخ الإسلام قيل بأنه قبض لأن المسجد له خادم يكبر ومغلق الباب والتسليم إليه قبض كما في سائر الأوقات ، وقيل له يقبض لأن المسجد ليس لها متول كما يكون كسائر الأوقات ، واختلف المشايخ إذا جعل أرضه مقبرة ، ودفعها إلى المتولي ولم يذكر محمد « رح » في المبسوط فقال بعضهم إنه قبض كما في الخان والسقاية .

وقال بعضهم ليس بقبض لأن المقبرة لا يكون لها متولى ، وإنما ذكر محمد « رح » في المقبرة أنه إذا دفن فيها واحد أو اثنان فإنه يصير قبضاً (وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى في سقوط حق العبد ، وصار كالإعتاق) لأنه إسقاط للملك ، وبه قالت الثلاثة (وقد بيناه من قبل) أشار به إلى قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » بقوله لهما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأكد كالعتق .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن جعل مسجداً تحته سرداب) بكسر السين معرب سرورية وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وهي معروفة سردابه (أو فوقه)

بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه ، وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به ، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس ، وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد ، وذلك يتحقق في السفل دون العلو ، وعن محمد « رح » على عكس هذا ، لأن المسجد معظم ، وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل ، يتعذر تعظيمه ،

أي فوق المسجد (بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه) أي لا يكون مسجداً (وإن مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به) والمسجد ما يكون خالصاً لله تعالى .

(ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في بيت المقدس) لانه حينئذ لا يكون السرداب مملوكاً لاحدكما أن سرداب بيت المقدس ليس بمملوك لاحد (وروى الحسن « رح » عنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (انه قال إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد ، وذلك) أي التأبيد (يتحقق في السفل دون العلو) فإنه لا يتأبد فيه .

(وعن محمد « رح » على عكس هذا) أي روى عن محمد « رح » عكس هذا بأن جعل العلو مسجداً صح ، وإذا جعل السفل لا يصح (لان المسجد يعظم[1] ، وإن كان فوقه يسكن[2] أو مستغل) أي يكرى للاستغلال (يتعذر تعظيمه) وعن بعض المشايخ إذا كان العلو مسجداً والسفل حوانيت موقوفة على المسجد أو على الغلب لا بأس به لان الكل منقطع عن حقوق العباد ، ولو كان تحته حوض العامة اختلف فيه على قول من يجوز

(١) معظم – هامش .
(٢) مسكن – هامش .

وعن أبي يوسف « رح » أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد « رح » أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لمـــا قلنا . قال وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيـــه ، يعني له أن يبيعه ، ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنـــع ، وإذا كان ملكه محيط بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لأنه أبقى بطريق نفسه فلم يخلص لله تعـــالى ،

وعن محمد « رح »

اتخاذ العلو مسجداً قيل لا يجوز قياساً على الحوض الحاض وقيل يجوز .

(وعن أبي يوسف « رح » أنه جوز في الوجهين) يعني إذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت (حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد « رح » أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا) أي للضررة ، وانما أعـاد ذكر قول محمد « رح » بهذا الطريق ولم يقله عن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين في الحكم عندهما سواء لهالة مـــا ذكر لكل واحد من دخول مخصوص في مصر مخصوص ، ولزيادة القيم التعليم بلفظ الكل ، وكذلك عطف على قوله ، ومن جعل مسجداً تحتـــه سرداب فله أن يبيعه .

(قال وكذلك) أي يبيعه (ان اتخذ وسط داره مسجداً ، وأذن للنـاس بالدخول فيه) وهذه من مسائل الجامع الصغير ، وقوله (يعني له أن يبيعـــه) من كلام المصنف « رح » ولقوله وسط بسكون السين إذ المراد غير معين ، وقال الكاكي « رح » هذا مقيد بقيد العلامة مولانا حافظ الدين (ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيـــه حق المنع ، واذا كان ملكه محيط بجوانبه) أي بجوانب المسجد (كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى ، وعن محمد « رح ») أي روى

أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث يعتبر مسجداً ، وهكذا عن أبي يوسف « رح » أنه يصير مسجداً لأنه لما رضي بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقاً كما يدخل في الإجارة من غير ذكر ، قال ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محيرز عن حق العباد فصار خالصاً لله تعالى وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطــع تصرفه عنه كما في الإعتـاق ، ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً

عنه في هذه المسألة انه قال (أنه) أي ان هذا المسجد (لا يبـاع ولا يوهب ولا يورث اعتبره) أي محمـد « رح » (مسجداً ، وهكذا) أي روى (عن أبي يوسف « رح » انه يصير مسجداً لانه لما رضى كونه مسجداً ، ولا يصير مسجداً الا بالطريق دخل فيـه الطريق فصار مستحقاً كما يدخل) أي الطريق (في الإجارة من غير ذكر) بمعنى وان لم يذكر ويدخل فيه الطريق ، فصار مستحقاً .

(ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محيرز) أي مخلص (عن حق العباد ، فصار خالصاً لله تعالى) لكن هـذا إذا سلم إلى المتولى أو صلى فيها بجماعة ، أما إذا لم يصل فيه بجماعة ، ولم يؤخذ التسليم لا يصح الوقف لأن التسليم أو الصلاة بجماعـــة شرط عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » في الصلاة وحدانا اختلاف الرواية .

(وهذا) توضيح لقوله (لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما يثبت له من الحق رجع إلى أصله) وهو كونه لله تعالى (فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق) فإنه لما أحرز مملوكه رجع إلى أصله وهو الرقة فانقطع حقه عنه (ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه) على صيغة المجهول أي استغنى أهل المحلة عن الصلاة فيه (يبقى مسجداً) على حاله

عند أبي يوسف « رح » لأنه إسقاط منه فـــلا يعود إلى ملكه وعند محمـــد « رح » عاد إلى ملك الباني أو إلى وارثه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته وقد انقطعت فصـــار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغنى عنـــه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر . قال ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة

(عند أبي يوسف « رح » لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد « رح » يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثـــه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته ، وقـــد انقطعت) أي القربة .

(وصار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف « رح » يقول في الحصير والحشيش أنـــه ينقل إلى مسجد آخر) وكذا قنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك مسجده ، وكما لو كفن ميتاً فافترسه سبع عاد إلى ملك مـــالكه وكالمحصر إذا بعث الهدى ثم زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء ، وقـــال أبو العباس الناطفي « رح » في الأجناس قال محمد « رح » في النوادر هشام إذا خرب المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه إن شاء أدخله داره وإن شاء باعه ، وكذلك الفرس إذا جعله حبساً في سبيل الله فصار لا يستطاع أن يركب فإنه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته فإن لم يعرف للمسجد بانيه فخرب وبنى أهل المسجد آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في مكمل المسجد الآخر فلا بأس بذلك ، ثم نقل الناطفي عن كتـــاب الصلاة مسجد بأوائله وعطلت الصلاة فيه ولم يجز الآخر أن يهدمه ، ولا يجبر به منزلاً ولا يبيعه ذلك قـــال الناطفي هذا عند قول أبي يوسف « رح » .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطا) وهو الموضع الذي يرابط فيه ناس أيام السفر بإزاء العدو (وجعل أرضه مقبرة

لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة « رح » لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم ، وعند أبي يوسف « رح » يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم ، وعند محمد « رح » إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط ، والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله ،

لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة « رح » لأنه لم ينقطع عن حق العبد ، ألا ترى ان له أن ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم ، وعند أبي يوسف « رح » يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد « رح » إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه) لان كل باب يعتبر فيه ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى ، وفي الرباط بالنزول ، وفي السقاية بالشرب ،وفي المقبرة بدفنهم (وذلك بما ذكرناه) أي التسليم يحصل بالاستسقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة (ويكتفى بالواحد) أي باستسقاء الواحد وسكنى الواحد ونزول الواحد ودفن الواحد (لتعذر فعل الجنس كله) يعني لتعذر استيفاء جميع الناس من السقاية ، وسكن الجميع في الخان والرباط و كذا دفن الجميع .

وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض، ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى ما يكنسه ويغلق بابه، فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً، وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح، وإن كان بخلاف العادة، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكناً للمساكين أو جعلها في

(وعلى هذا) أي وعلى هذا الحكم المذكور (البئر الموقوفة والحوض) أى حكم البئر والحوض الموقوفات على الحكم المذكور (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها) أي في السقاية والخان والرباط والمقبرة (لانه) أى المتولى (نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب) وهو القبض (كفعل المنوب عنه، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لانه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه، وإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً) أى في عرف الناس فلا يعتبر القبض فيه .

(وقد قيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى) أى لان الواقف لو نصب المتولى على المقبرة (يصح) فإذا صح يعتبر قبضه (وإن كان) أى نصب المتولى على المقبرة (بخلاف العادة، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى) وهو اسم جمع بمعنى الحجاج كالسائر بمعنى الماء في قوله اسائر اتهجرون (والمعتمرين) أى والمعتمرين (أو جعل داره في غير مكة سكناً للمساكين أو جعلها في

ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ، ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ، ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة يحـل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخـان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير ، والفارق هو العرف في الفصلين ، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرهـا التسوية بينهم الأغنياء ، ولأن الحاجة تشتمل الغني والفقير في الغرب والنزول ، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه والله أعلم بالصواب .

ثغر من الثغور) الثغر موضع المخافة بروج البلدان (سكنى للغزاة والمرابطين) جمع مرابط يقال رابط الجيش أقام في الثغر بإزاء العدو ومرابطه ورباطا .

(أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا) إشارة به إلى قوله وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، فاذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق .

(إلا) هذا الاستثناء لبيـان الفرق بين جعل غلة الارض للغزاة حيث يكون للفقراء منهم وهو معنى قوله (إن في الغله) أى غلة الأرض (يحل للفقراء دون الاغنياء) إلا بالتنصيص وبين جعل الدار سكنى إلى آخر مايذكره ، أشار إليه بقوله (وفيما سواه) أى فيما سوى المذكور (من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الفقير والغني والفارق) بين هذا وبين الذى قبله (وهو العرف بين [1] الفصلين فـان أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها) أى وفي الغلة المستوية أى يريدون (التسويـة بينهم) أى بين الفقراء وبين الاغنياء ، ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول ، والغنى لا يحتـاج الى سرف هذه الغلة لغناه) أى لقيام الغنى فانه مستغنى بمال نفسه من صدقة غيره اما

---

(١) في – هامش .

لا مستغنى عن الحال للنزول ، وعن المقبرة للدفن ، وعن الماء للشرب منه ، اذ كل واحد لا يقدر أن يشترى في كل منزل موضعاً ولا يستصحب المـــاء لنفسه في كل مكان فتحت للغني والفقير والله أعلم .

فروع : وفي فتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف اذا تعطلت وتعذر اشتغالهاهل للمتولى ثبتها ويشترى مكانها أخرى قال نعم وبه قال أحمد « رح » وقد يجوز قبل أن يتعطل ، ولكن يأخذ ثمنها ماهو خير منها،ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وبه قال الشافعي ومالك « رح » وكذا لم يجوز الإبتداء بما هوخير منها وهكذا حكى عن شمس الائمة قال أبو يوسف يجوز الاستبدال ، وعن محمد « رح » انه قـال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع بـــه المساكين وللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره ، ولو سكن دار الوقف بغير أجرة باذن المتولى أو بغير اذنه يجب عليه أجر المثل سواء كانت بمدة الاشتغلال أولا وعليه الفتوى ، وفي الاجناس حانوت وقف صحيح احترق السوق والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء يخرج من الوقفية وكذا الرباط اذا احترق يبطل الوقف ويصير ميراثاً .

ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد ، وفي العيينة[1] قال تاج الشريعة«رح» مبادلة دار الوقف بدار أخرى،انما يجوز اذا كانتا في في محلة واحدة أو تكون محلة المملوك جزء من محلة موقوفـة ، وعلى عكسه لا يجوز ، وان كانت المملوكة أكبر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها وقلة رغبات النفس فيهـا والله الموفق للصواب .

* * *

(١) القنيه — هامش .

تمّ الجزء السادس من البناية في شرح الهداية
ويليه الجزء السابع مبتدئاً بكتاب البيوع

فهرس الجزء السادس

صفحة

٣ ﴿ كتاب الايمان ﴾

٤ تعريف يمين الغموس .

٧ تعريف يمين اللغو .

١٤ (باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً) .

١٩ حروف القسم .

٢٣ القسم بلفظ القسم أو الحلف .

٢٥ الحلف بغير الله .

٢٥ الحلف بالفارسية .

٣١ فصل في الكفارة .

٣٣ الخلاف في الترتيب والتخيير في الأشياء الثلاثة .

٣٧ من حلف على معصية .

٤٠ من حلف على تحريم الحلال .

٤٤ من قال ان فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة مال .

٤٧ (باب اليمين في الدخول والسكنى) .

٥٢ إذا حلف لا يدخل الدار فخربت ثم بنيت أخرى .

٥٣ من حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها .

صفحة

~~١٥~~ ٦٢ (باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك) .

٦٤ الفرق بين الاتيان والذهاب والخروج .

٦٧ من حلف لا تخرج امرأته إلا باذنه فأذن لها مرة .

٧٣ (باب اليمين في الأكل والشرب)

٧٥ فيما إذا حلف على شيء فتحول إلى شيء آخر .

٧٩ من حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً .

٨٤ من حلف لا يأكل من الحنطة .

٨٨ لو حلف لا يأكل الشواء أو البطيخ .

٩١ على ما يقع إذا حلف لا يأكل فاكهة ؟ .

٩٤ فيما يكون إداماً وما يكون .

٩٧ في وقت الغداء والعشاء والسحور .

١٠١ فيمن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء والخلاف بين العلماء .

١٠٩ (باب اليمين على الكلام)

١١٤ اليمين على الطلاق .

صفحة

١١٩ اليمين على العبد .

١٢٣ فصل في بيـــان مسائل متعلقة بالباب .

١٢٥ في الحلف باستعمال الحين والزمان .

١٢٩ في الحلف باستعمال الجمع والسنين .

١٣٢ (بـــاب اليمين في العتق والطلاق) .

١٣٦ من قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر .

١٤٦ باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك) .

١٤٩ إن حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره .

١٥٤ من قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار .

١٥٨ (باب اليمين في الحج والصلاة والصوم) .

١٦٨ (باب اليمين في لبس الثيـــاب والحلي وغير ذلك) .

١٧٣ (باب اليمين في القتل والضرب وغيره) .

١٧٩ (باب اليمين على تقاضي الدراهم) .

١٨٥ مسائل متفرقة .

صفحة

١٩٠ ﴿ كتاب الحدود ﴾ .

١٩٢ سؤال الإمام الشهود .

١٩٨ في الاقرار على النفس ومـــا يشترط فيه .

٢٠٢ الرجوع عن الإقرار .

٢٠٤ فصل في كيفية الحد وإقامته .

٢٠٧ إن امتنع الشهود عن مباشرة الحـــد .

٢٠٨ إذا كان مقراً ابتدأ الإمـــام ثم الناس .

٢١٠ ماهية سوط الحد .

٢١١ ما ينزع عن المحدود من الثياب .

٢١٢ مكان الجلد .

٢١٦ ما ينزع عن المرأة من الثيـــاب والحفر لها .

٢١٨ الخلاف في إقامة المولى الحـــد على عبده .

٢٢١ إحصان الرجم ، ومن يكون محصناً ؟

٢٢٧ الخـــلاف في الجمع بين الرجم والجلد في المحصن .

٢٣٧ (باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه) .

٢٣٩ أنواع الشبهة .

صفحة

٢٤٣ من نكح مطلقته المبتوتة في العدة .

٢٤٥ الخلاف فيمن نكح مطلقته بالكناية .

٢٥٥ في الذي اتى امرأة في الوضع المكروه .

٢٥٩ الحكم للذى وطىء بهيمته .

٢٦١ حكم الزنا في دار الحرب أو في دار البغي .

٢٦٦ إذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته .

٢٦٩ من أكرهه السلطان حتى زنى ، ومن أكرهه غير السلطان .

٢٧١ من أقر انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني .

٢٧٦ (باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها) .

٢٨٠ الاختلاف في حد التقادم .

٢٨٢ شرطية وجود المدعي في السرقة .

٢٨٥ إن اختلف الشهود في تحديد المكان .

٢٩٠ الحكم فيما إذا نقص عدد الشهود عن أربعة .

صفحة

٢٩٢ إن وجد من الأربعة من لا يعتد بشهادته .

٢٩٦ إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ثم رجع أحد الشهود .

٢٩٩ على من يكون الحد إذا رجع المزكين عن تزكيتهم .

٣٠٩ (باب حد الشرب)

٣١٦ الحكم فيمن وجدت فيه رائحة الخمر او تقيأها .

٣٢٠ إذا رجع المقر بشرب الخمر لم يحد .

٣٢٦ (باب حد القذف)

٣٢٨ ما ينزع من ثياب المحدود .

٣٢٩ ما يكون به محصناً .

٣٣٣ ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه .

٣٣٩ حق العبد وحق الشرع في القذف .

٣٤٠ العفو في القذف .

٣٤٤ من قال لغيره زنأت في الجبل .

٣٥٣ إذا وطىء وطئاً حراماً لم يحد قاذفه .

٣٥٨ من قذف أو زنى أو شرب غير مرة فحد .

صفحة
٣٦٣ فصل في التعزير .
٣٦٣ فيمن يعزر شاتمهم .
٣٧٠ في ضم الحبس للتعزير .
٣٧٢ ومن حده الإمام أو عزره فمات .
٣٧٤ ﴿ كتاب السرقة ﴾
٣٧٦ فيما تعتبر به السرقة .
٣٨٢ القطع بالإقرار .
٣٨٤ الشهادة على السرقة .
٣٨٧ (باب ما يقطع فيه وما لا يقطع) .
٣٩١ ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد .
٣٩٤ الخلاف في قطع سارق المصحف المحلى .
٣٩٦ ولا قطع في سرقة الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد .
٤٠٠ في سرقة الكلب والفهد .
٤٠٤ الخلاف في قطع النباش .
٤٠٩ من سرق عيناً فقطع ثم ردها ثم سرقها .
٤١٢ فصل في الحرز والأخذ منه .
٤٣١ فصل في كيفية القطع وإثباته .

صفحة
٤٣٣ في تكرار السرقة مع إقامة الحد .
٤٣٦ إذا كانت أحد أطراف السارق شلاء .
٤٤٢ وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم .
٤٤٧ إذا رد السارق السرقة على المالك قبل الإرتفاع إلى الحاكم .
٤٥١ إذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه .
٤٥٨ إذا قطع السارق والعين قائمة في يده ، أو استهلكت .
٤٦٥ (باب ما يحدث السارق في السرقة) .
٤٧١ (باب قطع الطريق)
٤٧٧ في الصلب .
٤٨٢ إذا أراد الأولياء العفو بعد القتل .
٤٨٤ إذا كان من القطاع صبي أو مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع .
٤٨٩ ﴿ كتاب السير ﴾
٤٩٣ من لا يجب عليهم الجهاد .
٤٩٤ في الجعل على القتال .

صفحة

٤٩٧ (باب كيفية القتال)
٥٠٠ ولا يجوز قتال من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام .
٥٠٣ الخلاف في نصب المجانيق .
٥٠٦ الحكم في إخراج النساء والمصاحف مع المسلمين .
٥٠٩ الخلاف في قتل المرأة والصبي والشيخ ومن لا يجوز قتلهم .
٥١٤ (باب الموادعة ومن يجوز أمانه) .
٥٢٠ فيما إذا حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال .
٥٢٣ فصل في أحكام الأمان .
٥٣٣ (باب الغنائم وقسمتها)
٥٣٧ حكم الأسارى .
٥٤١ إذا اسلم الأسير في أيدى المسلمين .
٥٤٣ في مكان قسمة الغنيمة .
٥٥٣ في بيع الغنائم قبل القسمة .
٥٥٧ هل يسترق الذى أسلم في دار الحرب .
٥٦٤ فصل في كيفية القسمة .
٥٦٦ الخلاف في أسهم الفارس .
٥٧٤ إذا نفق فرس الفارس في دار الحرب .

صفحة

٥٧٨ من لا يسهم لهم .
٥٨٣ كيفية قسمة سهم ذى القربى .
٥٨٦ الخلاف في سهم الرسول .
٥٩١ فصل في التنفيل .
٦٠٠ (باب استيلاء الكفار)
٦٠٧ في اسر العبد .
٦١١ اذا ابق عبد مسلم لمسلم فدخل إلى اهل الحرب .
٦١٨ (باب المستأمن)
٦٢٤ فصل في بيان حكم المستأمن من أهل الحرب .
٦٢٧ إن دخل حربي دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم .
٦٣٢ حكم اهل الحربي إذا أسلم في دارنا .
٦٣٨ إذا قتل المستأمن خطأ .
٦٤٠ (باب العشر والخراج)
٦٤٣ الحكم في الأرض التي فتحت عنوة او اسلم اهلها .
٦٤٧ حكم أرض البصرة .
٦٥٢ القول في نهاية الطاقة .
٦٥٤ إن غلب على أرض الخراج الماء او اصطلم الزرع .

صفحة

٦٥٧ جواز شراء المسلم ارض الخراج من الذمي .

٦٦٢ (باب الجزية)

٦٦٧ على من تكون الجزية .

٦٧٠ ولا يسترق مشركوا العرب ولا عبدة الأوثان عندنا .

٦٧٣ عن من تسقط الجزية ؟

٦٨٣ فصل في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا في بيعهم وكنائسهم .

٦٨٧ ما يحظر عليهم في مظهرهم .

٦٨٩ وينقض امانهم إذا سبوا النبي .

٦٩١ فصل في بيان احكام نصارى بني تغلب .

٦٩٧ (باب أحكام المرتدين)

٦٩٨ في عرض الإسلام على المرتد قبل قتله .

٧٠٠ كيفية توبة المرتد .

٧٠٩ الخلاف في قتل المرتدة .

٧١١ والمرتدة كسبها لورثتها .

٧١٢ حكم كسب الردة .

٧١٤ حكم التصرف في امواله وقت ردته .

٧١٧ هل يرث المرتد من مسلم ؟

٧٣٥ (باب البغاة)

صفحة

٧٥٢ ﴿كتاب اللقيط﴾

٧٥٦ القول فيما إذا ادعى اللقيط اثنان .

٧٦٥ ﴿ كتاب اللقطة ﴾

٧٦٩ الإشهاد على اللقطة والتعرف بها .

٧٧٠ في المدة التي يجوز بعدها التصرف باللقطة والخلاف فيها .

٧٧٨ في الإنفاق على اللقطة فيما به بقاؤها .

٧٧٣ قول الشافعي في تعريف اللقطة حتى يجيء صاحبها .

٧٨٧ انتفاع الملتقط باللقطة .

٧٩٢ ﴿ كتاب الاباق ﴾

٧٩٣ الجعل لمن رد الآبق .

٨٠١ الإشهاد في أخذ الآبق لرده على صاحبه .

٨٠٦ ﴿ كتاب المفقود ﴾

٨١٧ متى يحكم بموت المفقود .

٨٢٣ ﴿ كتاب الشركة ﴾

٨٢٥ شركة الأملاك .

٨٢٦ شركة العقود .

٨٢٧ أوجه شركة العقود .

٨٢٧ تعريف شركة المفاوضة وحكمها والخلاف فيها .

صفحة

٨٣٥ فيما تنعقد به شركة المفاوضة .

٨٤٢ إن ورث أحد الشريكين مالاً تصح فيه الشركة .

٨٤٣ فصل فيما يصلح من الأموال للشركة والخلاف فيه

٨٥١ فيما إذا اختلفا جنساً فخلطا .

٨٥٢ ما يفعلان إذا أرادا الشركة بالعروض .

٨٥٤ شركة العنان .

٨٥٦ الخلاف في التفاضل في المال .

٨٥٩ الخلاف في اشتراك أحدهما بالدنانير والآخر بالدراهم .

٨٦٠ إذا هلك مال الشركة أو أحد المالين .

٨٦٤ فيما إذا اشتركا ولم يخلطا المال .

٨٧٠ شركة الصنائع « التقبل » حكمها والخلاف فيها.

٨٧٣ ما يتقبله كل واحد منهما يلزمه ويلزم شريكه .

صفحة

٨٧٤ شركة الوجوه حكمها والخلاف فيها .

٨٧٨ فصل في الشركة الفاسدة

٨٨٣ فصل في استئذان أحد الشريكين الآخر وعدمه

٨٨٨ ﴿ كتاب الوقف ﴾

٨٩١ الخلاف في بيع وهبة وتوريث الوقف .

٨٩٦ كيفية زوال ملك الواقف .

٩٠٠ حكم وقف المشاع والخلاف فيه .

٩٠٣ كيف يكون تمام الوقف عند الأئمة .

٩٠٥ وقف العقار والخلاف فيه .

٩٠٨ وقف الكراع والسلاح الخلاف فيه

٩٢٥ فصل في مسائل مختلفة

٩٣١ فيمن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة.

٩٣٥ فروع .